



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska Institutionen

Examensarbete på juristprogrammet, 30 HP

Sofia Gustafsson

Uppenbart på hans villkor

En diskursanalytisk studie av domstolars tillämpning av
ansvarsfrihetsbestämmelsen i brottsbalken 6 kap 14 §

Handledare: Wanna Svedberg

Examinator: Christina Olsen Lundh

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING	5
1.1. Bakgrund.....	5
1.2. Syfte och frågeställningar.....	7
1.3. Avgränsning.....	7
1.4. Disposition.....	8
2. TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER OCH TILLVÄGAGÅNGSSÄTT.....	9
2.1. Teoretiska utgångspunkter.....	9
2.1.1. Användningen av begreppen mognad, sexualitet och sexuell integritet	9
2.1.2. Ett socialkonstruktivistiskt förhållningssätt till samhället och rätten	10
2.1.3. Genus, samhället och rätten	11
2.1.4. Kritisk diskursanalys.....	15
2.2. Metod och tillvägagångssätt.....	18
2.2.1. Insamling av material.....	19
2.2.2. Faircloughs kritiska diskursanalys som metod	19
2.2.3. Inslag av rättsdogmatisk metod.....	22
3. TIDIGARE FORSKNING	23
3.1. Konstruktioner av sexualitet och sexuell integritet i mål rörande sexualbrott mot vuxna	23
3.2. Konstruktioner av mognad, sexualitet och sexuell integritet i mål rörande tvångsomhändertaganden av barn.....	24
3.3. Psykologiska studier på barn med tidig sexuell debut.....	25
4. ETT UTSNITT AV DEN DÖMANDE VERKSAMHETENS DISKURSORDNING	26
4.1. Den traditionella rättskällehierarkin.....	26
4.2. Kriminaliseringens syften och straffvärda gärningstyper	27
4.3. Oskyldighetsprincipen och åklagarens bevisbörda	28
4.4. Kriminalisering av sexuella handlingar mot barn och motivet bakom ansvarsfrihetsbestämmelsen	29
4.5. Könets betydelse för sexualbrotten.....	30
4.6. Sammanfattning av den dömande verksamhetens diskursordning	31
5. KONSTRUKTIONER AV BARNETS MOGNAD, SEXUALITET OCH SEXUELLA INTEGRITET I RÄTTSPRAXIS	33
5.1. Diskursen om 13-årsdagen som avgörande för sexuell mognad.....	33
5.2. Diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet.....	38
5.3. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja.....	41
5.4. Diskursen om samtycket i en kärleksrelation och flickans rationella reaktion	45
5.5. Diskursen om förövarens tolkningsföreträde	47
5.6. Sammanfattning av analysen på textens nivå	52
6. BETYDELSEN AV DEN DÖMANDE VERKSAMHETENS DISKURSORDNING.....	54
6.1. Antaganden om barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet saknar stöd i psykologisk forskning	54
6.2. Betydelsen av rättskällehierarkin som intertextualisering	55
6.2.1. Diskursen om 13-års dagen som avgörande för sexuell mognad ålder förstärks i rättspraxis	55
6.2.2. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja förstärks i rättspraxis	57

6.2.3. Diskursen om förövarens tolkningsföreträde bygger på principen om åklagarens bevisbörda	57
6.3. Diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet – en del av den dömande verksamhetens diskursordning?	59
6.3.1. Diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet återfinns i LVU-mål.....	60
6.3.2. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka vilja och diskursen om flickans rationella agerande och samtycket i en kärleksrelation återfinns i LVU-mål	60
6.3.3. Diskurser om vuxna sexualbrottsoffer genomsyrar konstruktionen av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet	61
6.3.4. Diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet som en del av den dömande verksamhetens diskursordning.....	62
6.5. Sammanfattning av analysen på den diskursiva praktikens nivå	64
7. PRODUKTION OCH REPRODUKTION AV SAMHÄLLELIG OJÄMSTÄLLDHET	66
7.1. En produkt av samhällelig ojämställdhet	66
7.2. Barnets ansvar att uttrycka motvilja kvarstår i en lagstiftning byggd på frivillighet.....	68
7.3. Ett bidrag till reproduktion av samhällelig ojämställdhet.....	69
7.4. Sammanfattning av analysen på den sociala praktikens nivå	70
8. SAMMANFATTNING OCH SLUTSATS	71
8.1. Hur konstrueras barnets mognad i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet vid tidpunkten för gärningen var yngre än 14 år?.....	71
8.2. Hur konstrueras barnets sexualitet och sexuella integritet i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet uppgivit att den sexuella handlingen var ofrivillig?	73
8.3. Bidrar domstolarnas konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet till en reproduktion av samhällelig ojämställdhet?	74
8.4. Slutsats	75
REFERENSER	77

1. INLEDNING

1.1. Bakgrund

I Sverige är det som utgångspunkt förbjudet att genomföra en sexuell handling med ett barn som är yngre än 15 år, oavsett om barnet deltar frivilligt eller inte. Barn som är yngre än 15 år anses inte vara tillräckligt mogna för att själva bestämma över den sexuella integriteten, och måste enligt propositionen till bestämmelserna om sexualbrott mot barn erbjudas ett *absolut skydd* mot alla former av sexuella handlingar.¹

I brottsbalken 6 kap 14 § finns dock en ansvarsfrihetsbestämmelse, en ventil som ska förhindra det som i propositionen benämns som ”orimliga konsekvenser av lagstiftningen”.² I en situation där två tonåringar, som är mycket nära varandra i ålder och mognad, frivilligt genomför sexuella handlingar med varandra strax innan den yngre av dem fyller 15 år ska inget straff utdömas om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet.³ I propositionen uttrycks att ansvarsfrihet kan bli aktuellt i fall då till exempel en 16-åring och en 14-åring genomför en sexuell handling med varandra helt frivilligt, och skillnaden i ålder och utveckling mellan dem är obetydlig. I propositionen ställs höga krav på restriktivitet och noggrannhet i fall där ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas, och den sexuella handlingen ska ha skett under *fullständig frivillighet och ömsesidighet*.⁴ Både bestämmelsens ordalydelse och propositionens beskrivning av dess tillämplighet lämnar dock många frågor öppna för tolkning. När börjar ett barn närma sig åldern för sexuell självbestämmande? Var går gränsen mellan en kärleksrelation och en annan slags relation? Och kanske allra mest väsentligt – när är det uppenbart att en gärning inte har inneburit något övergrepp mot barnet?

När Högsta domstolen prövade frågan om ansvarsfrihet kort efter det att bestämmelsen hade trätt i kraft friades en 17-årig pojke, som hade genomfört ett samlag med en 14-årig flicka med stöd av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Detta trots att flickan uppgav att hon sov när pojken genomförde samlaget, och att hon påverkades negativt av händelsen.⁵ Efter det har användningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen varierat kraftigt i såväl tingsrätterna som i

¹ Prop. 2004/05:45 s. 22

² Prop. 2004/05:45 s. 72

³ Prop. 2004/05:45 s. 72

⁴ Prop. 2004/05:45 s. 72

⁵ NJA 2007 s. 201

hovrätterna. I många fall följer tings- och hovrätterna i Högsta domstolens fotspår, och tillämpar bestämmelsen trots att barnet uppger att den sexuella handlingen var ofrivillig. Ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas dessutom i många fall då barnet precis har hunnit fylla 13 år, och således har relativt lång tid kvar till gränsen för sexuellt självbestämmande.

Nyligen förstärktes skyddet för den sexuella integriteten och den sexuella självständigheten i och med införandet av en frivillighetsbaserad sexualbrottslagstiftning. Den frivilliga sexualbrottslagstiftningen betraktas i propositionen som ett steg mot att uppnå målen för jämställdhetspolitiken.⁶ Särskilt lyfts det sjätte jämställdhetspolitiska målet: att mäns våld mot kvinnor ska upphöra och att kvinnor och män och flickor och pojkar ska samma rätt och möjlighet till kroppslig integritet. I propositionen uttrycks en förhoppning om att det sexuella våldet minskar och att normer och förhållningssätt till sexualitet och sexuell integritet kommer att förändras som en följd av den nya sexualbrottslagstiftningen.⁷

Det jämställdhetspolitiska arbetet bygger på en syn på samhället som *ojämställt*. Ojämställdhet definieras i det jämställdhetspolitiska arbetet som en ojämn fördelningen av makt som tar sig uttryck på olika sätt, på såväl strukturell som individuell nivå, och ytterst genom våld mot kvinnor och flickor.⁸ Sexualbrott mot barn i den tidiga tonåren är således, liksom sexualbrotten mot vuxna, att betrakta som en yttring av ojämställdhet. I kommitténs uppdrag ingick dock inte att, i samband med utredningen beträffande en frivillighetsbaserad sexualbrottslagstiftning, genomföra en översyn av sexualbrotten mot barn.

Ansvarsfrihetsbestämmelsen i brottsbalken 6 kap 14 § har lämnats orörd såväl i lagtexten som i förarbeten till den nya sexualbrottslagstiftningen. Det är mot denna bakgrund av intresse och betydelse att analysera domstolarnas argumentation i ett antal av de rättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning, trots att omständigheterna i målen har avvikit från de situationer som propositionen pekar ut som exempel på ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämpningsområde. I en strävan efter att uppnå de politiska jämställdhetsmålen, och särskilt delmålet att mäns våld mot kvinnor ska upphöra, måste också barn inkluderas. En allt för vid tolkning av ansvarsfrihetsbestämmelsen riskerar att urholka det absoluta skyddet av barns sexuella integritet, snarare än att fungera som en nödvändig ventil.

⁶ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁷ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁸ Se bland annat skr. 2016/17:10 s. 157

1.2. Syfte och frågeställningar

Studien syftar till att analysera hur barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet konstrueras i domstolars hantering av ansvarsfrihetsbestämmelsen i brottsbalken 6 kap 14 §, i de fall ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas i friande riktning trots att det har förekommit indikationer på att den aktuella gärningen innebar ett övergrepp mot barnet. Studien syftar vidare till att analysera om dessa konstruktioner bidrar till att förändra eller upprätthålla samhällelig ojämställdhet.⁹

För att uppfylla syftet kommer jag att besvara följande frågeställningar:

1. Hur konstrueras barnets mognad i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet vid tidpunkten för gärningen var yngre än 14 år?
2. Hur konstrueras barnets sexualitet och sexuella integritet i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet uppgivit att den sexuella handlingen var ofrivillig?
3. Bidrar domstolarnas konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet till en reproduktion av samhällelig ojämställdhet?

1.3. Avgränsning

Studien är avgränsad till att behandla diskurser¹⁰ som finns i ett antal rättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i *friande riktning* trots att barnet var *yngre än 14 år* vid tidpunkten för gärningen, eller trots att barnet uppgivit att den sexuella handlingen var *ofrivillig*. Jag gör således inte anspråk på att kartlägga hur tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen generellt ser ut i landets olika domstolar. Att en frågeställning är avgränsad till att behandla rättsfall där barnet varit yngre än 14 år vid gärningstidpunkten beror på att barnet i detta fall har mer än ett år kvar till gränsen för sexuellt självbestämmande. Avgränsningen har också gjorts mot bakgrund av att psykologisk forskning har visat att barn som debuterar sexuellt före 14 års ålder ofta befinner sig i en

⁹ Med ”samhällelig ojämställdhet” avses här ojämställdhet såsom den beskrivits i kapitel 1.1, det vill säga som den ojämna fördelningen av makt som tar sig uttryck på olika sätt på såväl strukturell som individuell nivå och ytterst genom våld mot kvinnor och flickor.

¹⁰ En diskurs kan beskrivas som ”ett sätt att tala som ger betydelse åt upplevelser ur ett bestämt perspektiv”. I kapitel 2.1.4 beskriver jag innebörden av begreppet ”diskurs” mer ingående, och i kapitel 5 presenterar jag de diskurser som jag har utläst i domskälen i de olika hovrättsfallen.

särskilt problematiskt livssituation.¹¹ När ett barn är 12 år eller yngre, har det i rättspraxis inte ansetts vara möjligt att bedöma en gärning som sexuellt utnyttjande av barn istället för våldtäkt mot barn, vilket framgår särskilt i NJA 2012 s. 564. Att gärningen bedöms som sexuellt utnyttjande av barn är en förutsättning för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska vara tillämplig. Studien behandlar därmed inte fall rörande barn yngre än 13 år. Studien är avgränsad till att behandla tolv olika hovrättsavgöranden, eftersom en större mängd rättsfall skulle bli för omfattande att inkludera i en detaljerad analys av textens egenskaper, sett till studiens omfattning. I studien förekommer också en analys av tre olika avgöranden från Högsta domstolen. Dessa har valts ut för att de pekas ut som vägledande i hovrättsfallen. Jag har begränsat studien till att omfatta mål där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning av *hovrätten*, eftersom dessa mål inte har prövats i högre instans och således har en större prejudiciell betydelse än vad mål från tingsrätten har. I de fall hovrätten godtar tingsrättens bedömning utan att tillföra något nytt i målet använder jag dock tingsrättens domskäl. Detsamma gäller när parternas berättelser endast redogörs för i tingsrättens domskäl. I dessa fall framgår tingsrättens målnummer i fotnot.

1.4. Disposition

Uppsatsen är indelad i åtta kapitel. I kapitel 2 beskriver jag mina teoretiska utgångspunkter och mitt metodologiska tillvägagångssätt. I kapitel 3 presenterar jag tidigare forskning som är av betydelse för min analys. I kapitel 4 redogör jag för relevanta delar av den dömande verksamhetens diskursordning,¹² för att läsaren direkt ska kunna sätta rättsfallen i ett sammanhang. I kapitel 5 analyserar jag rättsfallen på textens nivå, och identifierar de olika konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet som går att utläsa i domskälen. I kapitel 6 analyserar jag hur den dömande verksamhetens diskursordning påverkar tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen. I kapitel 7 analyserar jag hur domstolarnas konstruktioner av barnets mognads, sexualitet och sexuella integritet påverkar samhällelig ojämställdhet som en del av den sociala praktiken.¹³ I kapitel 8 sammanfattar jag analysen och presenterar mina slutsatser.

¹¹ Den psykologiska forskning som avses här presenteras mer utförligt i kapitel 3.3.

¹² Med diskursordning avses summan av diskurstyper i den dömande verksamheten, begreppet förklaras mer utförligt i kapitel 2.1.2.3.

¹³ Med social praktik avses sociala och kulturella strukturer, relationer och processer, begreppet förklaras mer utförligt i kapitel 2.1.2.4.

2. TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER OCH TILLVÄGAGÅNGSSÄTT

I Norman Faircloughs kritiska diskursanalys, som utgör grunden för min studie, samspelar teori och metod tätt med varandra och går inte att skilja åt. Jag behandlar därför både teori och metod i samma kapitel, men har av framställningstekniska skäl delat upp kapitlet så att den första delen behandlar mina teoretiska utgångspunkter, och den andra delen behandlar mitt metodologiska tillvägagångssätt.

2.1. Teoretiska utgångspunkter

Jag genomför min studie ur ett kritiskt diskursanalytiskt perspektiv, och utformar den på ett sätt som är inspirerat av Norman Faircloughs modell för utförandet av en sådan. Den kritiska diskursanalysen bygger på socialkonstruktivistiska antaganden; att den sociala verkligheten är konstruerad, och att det talade och skrivna språket är en del i att producera, konsumera och legitimera förändring eller upprätthållande av sociala maktrelationer.¹⁴ I min studie betraktar jag *ojämställdheten* som en sådan social maktrelation, som antingen kan förändras eller upprätthållas, och för att förklara ojämställdhetens existens och dess betydelse för samhället och rätten använder jag teorier inom ramarna för genusvetenskap och genusrättsvetenskap. I detta kapitel förklarar jag hur jag tolkar och använder mig av respektive teori var för sig. I min analys samspelar dock den kritiska diskursanalysen med både socialkonstruktivismen och teorier inom ramarna för genusvetenskap och genusrättsvetenskap. I analysen bör därför samtliga teorier ses i ljuset av varandra.

2.1.1. Användningen av begreppen mognad, sexualitet och sexuell integritet

I min studie analyserar jag hur barnets *mognad*, *sexualitet* och *sexuella integritet* konstrueras i ett antal hovrättsavgöranden. För att underlätta förståelsen för dessa konstruktioner förklarar jag här hur jag tolkar dessa olika begrepp, innan jag går in på de olika teorier som utgör grunden för min studie.

I propositionen till ansvarsfrihetsbestämmelsen framgår att den som har begått gärningen endast bör vara ”obetydligt äldre och kommit obetydligt länge i sin mognad”.¹⁵ Vad som avses med mognad specificeras dock inte i propositionen. När jag använder begreppet

¹⁴ Fairclough (2001) s. 1, se också Bladini (2013) s. 30

¹⁵ Prop. 2004/05:45 s. 116

”mognad” i denna studie avser jag barnets *sexuella mognad*, eftersom ett barn kan vara långt fram i sin mognad inom vissa områden, utan att nödvändigtvis vara moget att delta i sexuella handlingar. Brooks-Gunn och Paikoff har tagit fram en modell för barnets sexuella mognadsprocess. I denna modell utgörs barnets sexuella mognad av olika aspekter: den utvecklade kroppens nya funktioner och den psykologiska anpassningen efter dessa, utvecklingen av ett ”sexuellt själv”, förmågan att skapa och upprätthålla intima relationer samt ansvar för och användning av preventivmedel.¹⁶ Barnets sexuella mognad innefattar således fysiska såväl som emotionella aspekter.

I studien finns en distinktion mellan begreppen sexualitet och sexuell integritet, även om begreppen är nära besläktade. Med sexualitet avses *den sexuella viljan, drivkraften*, och denna kan beskrivas som antingen aktiv eller passiv.¹⁷ Med sexuell integritet avses istället varje persons rätt att *bestämma över* det egna sexuallivet.¹⁸

2.1.2. Ett socialkonstruktivistiskt förhållningssätt till samhället och rätten

I genomförandet av min studie antar jag ett socialkonstruktivistiskt förhållningssätt till samhället och rätten, vilket innebär att jag är kritisk den positivistiska synen på samhället där kunskap tas för given och betraktas som naturbestämd.¹⁹ Istället utgår jag från att kunskap är en ”produkt av våra sätt att kategorisera världen”,²⁰ och att kunskapen skapas mellan människor, i sociala processer.

Jag utgår från att *språket* och *verkligheten* samspelar på så vis att ”vi [...] inte på ett meningsfullt sätt kan tala om en verklighet utan att språket fungerar som en sorts konstruerande lins”.²¹ Därmed går det inte att beskriva verkligheten på ett objektivt, neutralt sätt. Genom språket formar vi ett ”utsnitt” av världen, som vi uppfattar som verkligheten.²²

Sören Barlebo Wenneberg skiljer på den *fysiska* och den *sociala* verkligheten. I min studie betraktar jag rätten som en del av den konstruerade sociala verkligheten, ett resultat av sociala processer, snarare än någonting naturligt existerande. Min utgångspunkt är att rätten inte är

¹⁶ Magnusson (2011) s. 89

¹⁷ Andersson (2004) s. 29

¹⁸ Andersson (2004) s. 244

¹⁹ Burman (2007) s. 32

²⁰ Burman (2007) s. 32

²¹ Bergström och Boréus (2005) s. 22, Svedberg (2013) s. 60

²² Svedberg (2013) s. 60

fristående och oberoende av andra delar av samhället, utan subjektiv och påverkad av människor, moral, sociala, ekonomiska och politiska faktorer.²³

Wenneberg skiljer också på det som utgör verkligheten i sig, och det som utgör kunskap om verkligheten. Verkligheten i sig kan betraktas som den ontologiska aspekten, medan kunskapen om verkligheten kan betraktas som den epistemologiska aspekten.²⁴ I en studie där rätten analyseras som en social konstruktion, går det således att dela in rätten i det som utgör ”rätten i sig”, och det som utgör ”kunskap om rätten”. I min studie betraktar jag tillämpningen av lagtext inom den dömande verksamheten *dels* som konstruerad i sig, i form av rättsliga dokument och vägledande praxis, men *också* som konstruerad kunskap om rätten, i form av tolkning och förståelse för lagtext och förarbeten.

Avslutningsvis utgår jag från att kunskapen så som den uppfattas och uttrycks i språk inte bara *konstrueras* av sociala processer, utan att den också *konstruerar* sociala normer och handlingsmönster. Sambandet mellan kunskap, sociala processer och sociala handlingar innebär därmed att rätten inte bara *reglerar* objekt och subjekt utanför rätten, utan också bidrar till att *socialt konstruera* dem.²⁵

2.1.3. Genus, samhället och rätten

Med en socialkonstruktivistisk ansats, utgår jag alltså i min studie från att den dömande verksamheten inte fungerar som ett autonomt system, utan är påverkad av internaliserade normer och strukturer. Föreställningar om det manliga och det kvinnliga ingår i dessa normer och strukturer och påverkar därmed domstolarnas sätt att döma.²⁶ Med hjälp av teorier inom genusvetenskap och genusrättsvetenskap kan kopplingen mellan rätten och föreställningar om den manliga och det kvinnliga könet belysas och analyseras. Nedan följer en beskrivning av de genus- och genusrättsvetenskapliga teorier som ligger till grund för min analys, och dess relevans för rätten i allmänhet, och för den straffrättsliga tillämpningen i synnerhet.

²³ Gunnarsson, Svensson, Käll och Svedberg s. 73-76

²⁴ Svedberg (2013) s. 61

²⁵ Niemi-Kiesiläinen m.fl. (2007) s. 11-14, se även Burman (2007) s. 32

²⁶ Se vidare Bladini (2013) om (avsaknaden av) objektivitet i domstol

2.1.3.1. Kön och genus som begrepp

Traditionellt sett skiljs begreppen kön och genus åt på så sätt att *kön* avser det biologiska, fysiska könet och *genus* avser sociala och kulturella normer som är förknippade med det kvinnliga respektive det manliga könet.²⁷ I min studie använder jag begreppen på ett sätt som går i linje med denna traditionella uppdelning; jag talar om kön för att beskriva rättssubjektets biologiska kön, och jag talar om genus för att beskriva föreställningar om det manliga och det kvinnliga i samhället och i rätten.

2.1.3.2. Betydelsen av genus i samhället

I min studie är en viktig utgångspunkt förståelsen för samhället som *ojämställt* – det vill säga att fördelningen av makt i samhället är ojäm, och att detta tar sig uttryck på olika sätt på såväl strukturell som individuell nivå och ytterst genom våld mot kvinnor och flickor.²⁸ Yvonne Hirdman förklarar hur genusstereotyper skapas det så kallade ”genussystemet”, vilket bygger på isärhållandet av könen tillsammans med etablerandet av det manliga som norm. Hirdman beskriver att föreställningen om kvinnan har skapats under lång tid genom historien, och förklarar denna historiska framväxt av genusstereotyper med av olika ”formler” – grundformeln, jämförelseformeln och den normativa formen. *Grundformeln*, som Hirdman illustrerar med exempel från antiken, konstruerar kvinnan som icke-man, och således också som icke-varelse. Kvinnan är icke-närvarande i förhållandet mellan människan, gudarna och djuren, och i samtalet om det mänskliga finns hon inte.²⁹ *Jämförelseformeln* härstammar från den kristna skapelseberättelsen där kvinnan beskrivs som en sämre, ofullständig, variant av mannen. Att kvinnan inte kunde producera sperma ansågs under antiken vara ett resultat av hennes ”oförmåga”. Under senare tid, särskilt under 1800-talet, strävade man efter befästa synen på kvinnan som en ofullständig variant av mannen genom naturvetenskapliga studier. Man mätte och vägde hjärnor, hjärtan, blod och andra kroppsdelar och tolkade resultaten som ett bevis på att kvinnan låg ett steg efter mannen i utvecklingen.³⁰ Den *normativa formeln* skapades parallellt med jämförelseformeln. Även i denna formel anses kvinnan vara en sämre variant av mannen, men dessutom *annorlunda*, med särskilda egenskaper som mannen inte vill eftersträva. Här görs en total åtskillnad, där mannen och kvinnan betraktas som i det närmsta två olika *arter*. Under sent 1800-tal förstärktes detta tankesätt genom Charles

²⁷ Andersson (2004) s. 23 ff.

²⁸ Se bland annat skr. 2016/17:10 s. 157

²⁹ Hirdman (2003) s. 27

³⁰ Hirdman (2003) s. 29

Darwins syn på könen i evolutionsteorin. Kvinnans uppgift ansågs vara att föda och ta hand om sitt barn, och för att kunna fullfölja detta uppdrag skulle hon också behaga mannen.³¹

Även om synen på kvinnor och män ser annorlunda ut idag, jämfört med under tidigare skeden i historien, så menar Hirdman att isärhållandet mellan män och kvinnor finns också i dagens samhälle, och att det fortfarande är mannen som är normbärare. När en man går över gränsen till något som är kvinnodominerat, till exempel ett kvinnodominerat yrke, anpassas omständigheterna efter mannen. När en kvinna går över gränsen till något som är mansdominerat, förutsätts kvinnan istället anpassa sig efter omständigheterna. Om ett tidigare mansdominerat yrke blir kvinnodominerat så tappar det i status. Både män och kvinnor skapas i samhället och i språkbruket. Män *gör* och kvinnor *görs* i konstruktionen av genus, vilket ger mannen en aktiv roll, och kvinnan en passiv.³² Ordningen av människor i genus är, enligt Hirdman, grunden för de sociala, ekonomiska och politiska ordningarna. I denna ordning är mannen överordnad, och kvinnan underordnad.³³

Hirdman utvecklar sin teori om genussystemet genom användandet av begreppet ”genuskontraktet”. Hon beskriver att ”det ser ut som om varje samhälle och varje tid har något slags »kontrakt» mellan könen.”³⁴ Detta kontrakt är osynligt, men i samhället föreställer vi oss att det finns ”mellan den enskilda mannen och kvinnan, mellan män och kvinnor på det sociala planet och mellan »mannen» och »kvinnan».”³⁵ Genuskontraktet reglerar bland annat hur män och kvinnor ska vara mot varandra, vem som ska förföra vem i kärleken, hur de ska prata, vilka ord de ska använda, i oändlighet.³⁶

Sammanfattningsvis förklarar Hirdmans teori om genussystemet hur isärhållandet mellan män och kvinnor har skapats sedan mycket lång tid tillbaka, och hur det fortfarande påverkar samhället på såväl individuell som strukturell nivå. Mannen symboliserar överordning, makt och kontroll. Kvinnan symboliserar underordning, anpassning och ofullständighet.

³¹ Hirdman (2003) s. 36-38

³² Hirdman (2003) s. 65

³³ Hirdman (2004) s. 51

³⁴ Hirdman (2004) s. 54

³⁵ Hirdman (2004) s. 54

³⁶ Hirdman (2004) s. 54

2.1.3.3. Betydelsen av genus i rätten

Ovan redogjorde jag för betydelsen av genus i samhället, genom historien och i nutid. Jag går nu närmre in på vilken betydelse åtskillnaden mellan män och kvinnor har för rätten i allmänhet, och för den straffrättsliga tillämpningen i synnerhet. Under 2000-talet har betydelsen av genus i rätten uppmärksamats på flera håll, och olika teorier har utvecklats inom ramen för genusrättsvetenskapen. Gemensamt för olika teorier inom genusrättsvetenskapen är utgångspunkten att föreställningar om kön och genus genomsyrar förståelsen för världen och den sociala verkligheten, där rätten ingår.³⁷

I min studie utgår jag från genusrättsvetenskaplig teoribildning såsom Nicola Lacey beskriver den. Lacey menar att genusrättsvetenskapen ifrågasätter traditionella föreställningar inom rätten; *att* den rättsliga argumentationen och rätten i sig är neutral och objektiv, *att* rätten är ett autonomt system och att det finns tydliga gränser mellan det rättsliga och det icke-rättsliga, *att* det finns en given rättskällelära, *att* det föreligger normativ koherens, samt *att* rätten grundas i rationalitet utan koppling till känslor.³⁸ Istället utgår man, enligt Lacey, i genusrättsvetenskaplig teoribildning från att det i varje rättslig konstruktion finns "(...) mer eller mindre dolda premisser, antaganden och föreställningar (...) som kan synliggöras".³⁹ En viktig utgångspunkt, som är utmärkande för genusrättsvetenskaplig teoribildning, är att ojämställdheten i samhället speglas i rätten.⁴⁰

Lacey beskriver att bland annat straffrättens konstruktion av sexualitet är en följd av föreställningar om kön och genus. Hon menar att det finns några aspekter av sexualiteten som blir särskilt betydelsefulla i den straffrättsliga diskursen, samtidigt som det finns aspekter av sexualiteten som bortses från, och som döljs bakom slöjan av "rationell och abstrakt rättslig subjektivitet" där brottsoffrets upplevelse redan är värderad på förhand. Lacey beskriver att denna värdering, ur ett socialkonstruktivistiskt perspektiv, präglas av stereotypa föreställningar om brottsoffrets kropp och sexualitet. Hur lagstiftningen tolkas och tillämpas av domstolen är ett resultat av hur diskurser påverkar produktionen av en dom. Befintliga diskurser kan antingen belysas eller ifrågasättas, eller bekräftas och döljas bakom rättsväsenets saklighet och objektivitet.⁴¹

³⁷ Gunnarsson, Svensson, Käll och Svedberg (2018) s. 39

³⁸ Lacey (1998a) s. 5-12, se även Bladini (2013) s. 35

³⁹ Burman (2007) s. 29, Lacey (1998a) s. 5-12

⁴⁰ Lacey (1998a) s. 5-12

⁴¹ Lacey (1998b) s. 61

Laceys beskrivning av straffrättens konstruktion av sexualitet, och dess påverkan av stereotypa föreställningar, exemplifierar genusrättsvetenskapens grundtanke om den betydelse som föreställningar om kön och genus har för rätten och förståelsen för rätten. I min analys utgår jag liksom Lacey från att det finns aspekter av sexualitet (och i min studie även mognad och sexuell integritet) som blir särskilt betydelsefulla, samtidigt som det finns aspekter som bortses från. Dessa urskiljs i analysen på textens nivå, som återfinns i kapitel 5.

2.1.4. Kritisk diskursanalys

Kritisk diskursanalys tolkas och används på olika sätt av olika teoretiker. Gemensamt för de olika angreppssätten inom kritisk diskursanalys är dock att de utgår från ett socialkonstruktivistiska förhållningssätt till kunskap.⁴² I min studie kommer jag att utgå från Faircloughs modell för kritisk diskursanalys, och jag använder därmed de olika begrepp som används i den kritiska diskursanalysen på det sätt som Fairclough beskriver dem.

2.1.4.1. Diskurs som begrepp

Gemensamt för olika typer av diskursteorier är att begreppet *diskurs* kan förstås som ”(...) *ett bestämt sätt att tala om och förstå världen (eller ett utsnitt ur världen)*”.⁴³ Sättet att tala om och förstå världen är inte bestämt juridiskt, utan bestämt genom det sociala spelet. En diskurs sätter upp ramarna för vad som tänks, sägs eller på annat sätt kommuniceras i förhållande till olika typer av upplevelser. Fairclough beskriver uttrycker diskurs som ”(...) *sätt att tala som ger betydelse åt upplevelser ur ett bestämt perspektiv*”.⁴⁴ När jag i denna studie talar om diskurs med artikel – ”en diskurs”, ”diskursen”, syftar jag på *en särskild* diskurs som är avskild från andra diskurser, eftersom den avser ett (avgränsat) sätt att tala om och förstå en (avgränsad) upplevelse. De olika diskurser som jag har identifierat i domstolarnas hantering av ansvarsfrihetsbestämmelsen beskrivs och analyseras i kapitel 5.

2.1.4.2. Diskursiva händelser

Diskursiva händelser, eller kommunikativa händelser som de också benämns, avser *olika fall*

⁴² Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 67

⁴³ Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 7

⁴⁴ Fairclough (1995) s. 138, översatt av Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 73

av språkbruk, till exempel en text eller ett samtal.⁴⁵ I min studie betraktar jag *varje enskild dom* som en diskursiv händelse.

2.1.4.3. Diskursiva praktiker och diskursordning

Med *diskursiva praktiker* avses det sammanhang som den diskursiva händelsen produceras inom –alltså de *produktionsprocesser* som pågår i skapandet av den diskursiva händelsen. Ibland inkluderas också de *konsumtionsprocesser* som pågår i tolkandet av den diskursiva händelsen, men dessa processer är inte inkluderade i min studie.

I en produktionsprocess deltar ett antal olika personer eller institutioner, och en diskursiv händelse (en dom, i detta fall) formas och förändras i och med att den behandlas av olika deltagarna i produktionsprocessen. De olika deltagarna i produktionsprocessen är präglade av internaliserade sociala normer och strukturer, det vill säga sociala normer och strukturer som har ”införlivats” i deltagarnas identiteter och personligheter. Dessa internaliserade normer och strukturer påverkar således också produktionen av den diskursiva händelsen.⁴⁶ I produktionen av en dom deltar bland annat domstolens medlemmar, målsägaren, den tilltalade, och indirekt också lagstiftaren.

Den diskursiva praktiken, produktionsprocesserna, skapas inom ramen för en *diskursordning*. En diskursordning är summan av de diskurstyper som används inom en social institution.⁴⁷ Diskursordningen är skapad av tidigare kommunikativa händelser, som har byggt på och bekräftat de diskurser som rutinmässigt används inom den sociala institutionen.⁴⁸ I denna studie betraktas *den dömande verksamheten*, domstolarna, som en social institution, och diskursordningen är summan av de diskurstyper som används inom den dömande verksamheten. Inspirerad av Monica Burman inkluderar jag straffrättsdogmatiken som en del av den dömande verksamhetens diskursordning. Burman beskriver straffrättsdogmatiken som ”straffrättsteorier, begreppsbildning, brottskonstruktioner och frågor om hur straffrättsliga problem blir lösta i gällande rätt, som en del av den diskursiva praktiken.”⁴⁹ Jag har identifierat de delar av straffrättsdogmatiken som jag, med utgångspunkt i rättsfallen,

⁴⁵ Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 73

⁴⁶ Fairclough (1992) s. 78

⁴⁷ Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 73

⁴⁸ Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 76

⁴⁹ Burman (2007) s.53

bedömer vara av störst betydelse för tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Dessa presenteras och förklaras i kapitel 4.

I analysen på den diskursiva praktikens nivå, där diskurser i domstolars tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen analyseras utifrån betydelsen av den dömande verksamhetens diskursordning, jämför jag också dessa diskurser med ett antal diskurser rörande mognad, sexualitet och sexuell integritet som har identifierats i tidigare forskning. Dels ingår här diskurser som har identifierats i domstolens hantering av sexualbrott mot vuxna, men också diskurser som har identifierats i domstolens hantering av tvångsomhändertaganden av barn enligt lag (1990:52) om särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Genom en sådan analys undersöker jag om befintliga diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet går att utläsa även i domstolars tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen, och således om dessa diskurser kan anses utgöra en del av diskursordningen i den dömande verksamheten.

2.1.4.4. Social praktik

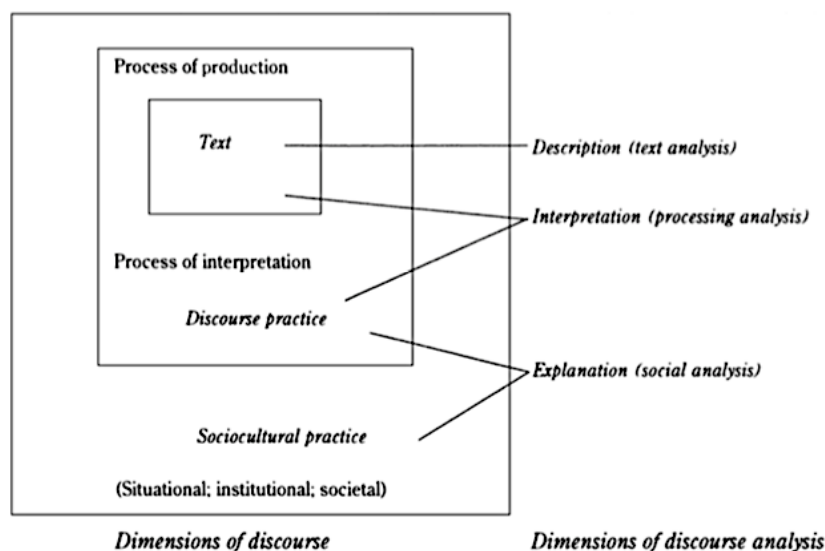
Den sociala praktiken utgörs av sociala och kulturella strukturer, relationer och processer, och kan enligt Fairclough inte analyseras utan stöd av annan teoribildning.⁵⁰ Eftersom det skulle bli allt för omfattande (om ens möjligt) att inkludera hela den sociala praktiken i min studie, så fokuserar jag på *den samhälleliga ojämställdheten* som en del av social praktik. Med samhällelig ojämställdhet avser jag, som jag har nämnt tidigare, den ojämna fördelningen av makt som tar sig uttryck på olika sätt på såväl strukturell som individuell nivå och ytterst genom våld mot kvinnor och flickor. För att förklara sambandet mellan produktionen av domar, den diskursiva praktiken i dömande verksamhet och samhällelig ojämställdhet som del av social praktik, använder jag teorier inom genusvetenskaplig och genusrättsvetenskaplig teoribildning med utgångspunkt i Hirdman och Lacey. Jag utgår från att produktionen av domar, och konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet, både *påverkas av* och *påverkar* den samhälleliga ojämställdheten, antingen genom förändra eller reproducera den rådande maktobalansen mellan kvinnor och män.

2.1.4.5. Faircloughs tredimensionella modell

I den kritiska diskursanalysen, såsom Fairclough har utformat den, analyseras sambanden mellan den diskursiva händelsens egenskaper, den diskursiva praktiken som den diskursiva

⁵⁰ Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 90

händelsen hör till, samt den sociala praktik som den diskursiva händelsen är en del av. Sambanden analyseras genom en *tredimensionell* modell, som kan illustreras på följande sätt:



(Faircloughs tredimensionella modell, Fairclough (1995) s. 133)

I min analys utgörs *texten* av varje enskild dom. Den *diskursiva praktiken* utgörs av produktionsprocesser i domstolen, där bland annat domstolens medlemmar, lagstiftaren, målsägaren och den tilltalade ingår. Den diskursiva praktiken skapas inom ramen för den dömande verksamhetens *diskursordning*, i vilken jag inkluderar delar av straffrättsdogmatiken. Den *sociala praktiken* utgörs av bredare sociala och kulturella strukturer, relationer och processer. I min studie fokuserar jag enbart på *ojämställdheten* som en del av den sociala praktiken. Med hjälp av Faircloughs tredimensionella modell, analyserar jag således sambanden mellan diskurser i hovrättsfall, den dömande verksamhetens diskursiva praktik (för vilken diskursordningen utgör ramarna) och ojämställdhet som en del av social praktik.

2.2. Metod och tillvägagångssätt

Faircloughs kritiska diskursanalys utgör, som tidigare nämnt, inte bara grunden för mina teoretiska utgångspunkter, utan också grunden för mitt metodologiska tillvägagångssätt. I min studie genomför jag en kritisk diskursanalys med hjälp av Faircloughs tredimensionella modell, som illustrerades ovan. I kapitel 2.1.4 beskrev jag den kritiska diskursanalysens olika dimensioner, och hur jag placerar in domen, den dömande verksamheten och ojämställdheten i Faircloughs tredimensionella modell. I detta kapitel beskriver jag mitt tillvägagångssätt för

genomförandet av den kritiska diskursanalysen, och de analysverktyg jag använder för att analysera konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet på textens nivå, på den diskursiva praktikens nivå och på den sociala praktikens nivå. Jag beskriver också hur den rättsdogmatiska metoden används som ett inslag i min analys.

2.2.1. Insamling av material

Rättsfallen som analysen bygger på är inhämtade från databasen Karnov efter sökorden ”brottsbalken 6:14” och ”brottsbalken 6 kap 14 §”. Urvalet har gjorts så att studien endast inkluderar rättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning av hovrätten. Urvalet har också gjorts så att domskälen innefattar indikationer på att den sexuella handlingen kan ha inneburit ett övergrepp mot barnet, *antingen* med hänsyn till barnets uppgifter om att den sexuella handlingen inte ägde rum frivilligt *eller* med hänsyn till att barnet var yngre än 14 år vid tidpunkten för gärningen. Studien omfattar inte samtliga av de avgöranden som finns publicerade på Karnov utifrån de ovan nämnda sökorden och urvalskriterierna, utan är slumpmässigt utvalda. Domarna är publicerade från det att ansvarsfrihetsbestämmelsen trädde i kraft, och fram till år 2018. Material såsom litteratur och forskningsstudier, som inte är föremål för analys men som har används för att genomföra studien är inte inkluderat i detta avsnitt, utan behandlas separat i . kapitel 2.1 och i kapitel 3.

2.2.2. Faircloughs kritiska diskursanalys som metod

Samtidigt som den kritiska diskursanalysen utgör en del av min teoretiska grund, så utgör den också grunden för mitt metodologiska tillvägagångssätt. I min studie använder jag Faircloughs tredimensionella modell på ett sätt som är inspirerat av Monica Burmans avhandling ”Straffrätt och mäns våld mot kvinnor” (2007), där straffrättsdogmatiken är inkluderad i analysen på den diskursiva praktikens nivå.⁵¹

2.2.2.1 Genomförande av analysen på textens nivå

Som tidigare nämnt betraktar jag varje enskild dom som en diskursiv händelse (i form av text), och det är de tolv utvalda hovrättsfallen som ligger till grund för analysen på textens nivå. Jag analyserar texterna genom att närläsa dem upprepade gånger och på så sätt identifiera mönster i dem. För att identifiera dessa mönster granskar jag inte bara det som uttrycks, utan också det som *inte* uttrycks. I analysen på textens nivå använder jag två olika

⁵¹ Se Monica Burmans beskrivning av sitt metodologiska tillvägagångssätt i Burman (2007) s. 45-46

analysverktyg för att studera på vilket sätt värderingar och antaganden kommer till uttryck i texterna. Det första analysverktygen benämner Fairclough som *modalitet*. Modalitet är ett uttryck för graden av affinitet, det vill säga graden av styrka i ett påstående. Genom hög affinitet kan ett påstående se ut att vara objektivt och naturligt. Hög affinitet går till exempel att se i uttrycket ”det är kallt ute”, medan uttrycket ”det kan vara kallt ute” har låg affinitet.⁵² Genom modalitet kan det också gå att framställa något som egentligen är en egen tolkning, bedömning eller åsikt som given fakta. Man använder sig då av objektiv modalitet, ”den är felaktig”, istället för subjektiv modalitet, ”jag anser att den är felaktig”.⁵³ I min studie använder jag analysverktyget modalitet för att undersöka om påståenden som saknar vetenskaplig grund, eller som bygger på en tolkning som domstolarna har gjort, ändå framställs som objektiva och naturliga i domskälen genom hög affinitet och objektiv modalitet.

Det andra analysverktyget benämner Fairclough som *transitivitet*. Transitivitet är en analys av användandet av objekt i en sats. Frånvaron av objekt gör att en händelse kan framstå som inträffad på egen hand, utan att någon orsakat den eller ansvarat för den. Transitivitet analyserar med andra ord hur en händelse sammanbinds med eller avskiljs från en process. I meningen ”en person har dödats” uttrycks till exempel inte *vem* som har dödat personen eller *hur*, vilket innebär att meningen har en *frånvaro av objekt*.⁵⁴ I min studie använder jag analysverktyget transitivitet för att undersöka om domstolarna fråntar sig själva ansvar för olika bedömningar och värderingar av omständigheter genom att formulera påståenden utan användande av objekt i form av ”(...) hovrätten gör bedömningen (...)”, ”(...) det är tingsrättens uppfattning (...)” eller liknande uttryck.

2.2.2.2 Genomförande av analysen på den diskursiva praktikens nivå

I analysen på den diskursiva praktikens nivå analyserar jag hur tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen påverkas av produktionsprocesser mellan lagstiftare, rättstillämpare, målsägare och tilltalad. I denna del av analysen undersöks betydelsen av den dömande verksamhetens diskursordning, eftersom den diskursiva praktiken skapas inom ramarna för denna. I analysen på den diskursiva praktikens nivå jämför jag också de diskurser som jag identifierar i domskälen med ett antal diskurser rörande mognad, sexualitet

⁵² Fairclough (1992) s. 158 ff.

⁵³ Fairclough (1992) s. 158 ff.

⁵⁴ Fairclough (1992) s. 177 ff.

och sexuell integritet som identifierats inom rätten i tidigare forskning, för att se om även dessa diskurser kan betraktas som en del av den dömande verksamhetens diskursordning.

Analysen på den diskursiva praktikens nivå görs med hjälp av analysverktygen *intertextualitet*, *antaganden* och *interdiskursivitet*. Med analysverktyget *intertextualitet* kan man analysera hur diskursiva händelser bygger på tidigare diskursiva händelser. En text uppstår inte som en helt ny skapelse, utan bygger på redan befintliga texter. *Manifest intertextualitet* innebär en intertextualitet som är mer tydlig och uppenbar, där en text genom hänvisningar bygger på andra specifika texter.⁵⁵ Fairclough ser på detta fenomen som uttryck för *både* stabilitet och instabilitet. När en text konstrueras bygger den på redan befintliga diskurser, men behandlar sannolikt dessa på ett nytt sätt. Detta skapar utrymme för förändring. Samtidigt begränsas utrymmet för förändring av ramarna som sätts upp av de maktrelationer som existerar och reproduceras.⁵⁶ I min analys betraktar jag rättskällehierarkin som en typ av intertextualisering, där rättsfall bygger på tidigare rättsfall och där argument i domskäl från Högsta domstolen eller ibland hovrätten återanvänds i produktion av nya domar. Manifest intertextualitet förekommer när domstolen uttryckligen hänvisar till tidigare praxis, till exempel genom att redogöra för utfallet i ett namngivet fall från Högsta domstolen.

Antaganden är påståenden som textproducenten tar för givna och betraktar som etablerade, trots att det saknas en källa till påståendet. Fairclough delar in antaganden i tre olika varianter; antaganden om vad som existerar, antaganden om hur någonting förhåller sig, kan förhålla sig eller kommer att förhålla sig samt antaganden om vad som är bra och önskvärt.⁵⁷ I min analys använder jag detta analysverktyg för att gå under ytan på påståenden som i domskälen framställs som om de vore självklara och naturliga, trots att vetenskapligt stöd saknas för dessa påståenden. Jag gör dock ingen strikt inledning av olika typer av antaganden, eftersom diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet innefattar både antaganden om hur någonting förhåller sig och antaganden vad som är bra och önskvärt. I analysen tar jag hjälp av forskning på det psykologiska området, för att jämföra domstolarnas konstruktion av barns mognad, sexualitet och sexuella integritet med studier som har gjorts på barn med tidig sexuell debut vad avser livssituation och psykiskt mående, för att avgöra om det finns något vetenskapligt stöd för de antaganden som domstolarna gör eller inte.

⁵⁵ Fairclough (1992) s. 102

⁵⁶ Fairclough (1992) s. 101-105

⁵⁷ Fairclough (2003) s. 55

Interdiskursivitet kan beskrivas som ett mått på graden av förändring i samhället. Genom att analysera relationen mellan olika diskurser i en diskursiv praktik går det att identifiera om sociala strukturer upprätthålls eller håller på att förändras. Många olika diskurser i en diskursiv praktik är ett tecken på en pågående förändring, medan ett fåtal diskurser inom en diskursiv praktik är ett tecken på att befintliga sociala strukturer upprätthålls.⁵⁸ Med hjälp av analysverktyget interdiskursivitet undersöker jag hur barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet konstrueras på ett sätt i propositionen till ansvarsfrihetsbestämmelsen, och på ett annat sätt i domstolarnas tillämpning av bestämmelsen.

2.2.2.3 Genomförande av analysen på den sociala praktikens nivå

I analysen på den sociala praktikens nivå sätts texten ”som text” och texten som diskursiv praktik i relation till den bredare sociala praktiken. Diskursanalysen kan enligt Fairclough inte på egen hand besvara de frågor som blir aktuella i det här stadiet av analysen, utan annan teori behöver användas för att förklara sambandet mellan språkbruk och social praktik.⁵⁹ I min studie tar jag hjälp av Lacey’s beskrivning av genusrättsvetenskapen tillsammans med Hirdmans ”genussystem” för att förklara hur de diskurser som identifieras i analysen påverkar och påverkas av samhällelig ojämställdhet som en del av den sociala praktiken.

2.2.3. Inslag av rättsdogmatisk metod

Som tidigare nämnt inkluderar jag straffrättsdogmatiken i den dömande verksamhetens diskursordning. I kapitel fyra presenterar jag de delar av straffrättsdogmatiken som jag bedömer vara mest relevanta för tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen. I denna del av studien tillämpas rättsdogmatisk metod på så sätt att jag tolkar och systematiserar straffrättsliga teorier, förarbeten och doktrin, och fastställer vad som är gällande rätt i fråga om tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen.⁶⁰ Den rättsdogmatiska metoden är dock på intet sätt dominerande i studien, utan ska snarast betraktas som en del i att identifiera en del av underlaget för den kritiska diskursanalysen.

⁵⁸ Fairclough (1992) s. 120

⁵⁹ Fairclough (1992) s. 124 ff.

⁶⁰ Sandgren (2018) s. 48 ff., jämför även Andersson (2007) s. 38 ff.

3. TIDIGARE FORSKNING

Under 2000-talet har sexualbrotten varit föremål för granskning vid ett antal tillfällen. I detta kapitel presenterar jag delar av den forskning som har gjorts på området. Denna tidigare forskning kommer också att vara inkluderad i min studie som en del av analysen på den diskursiva praktikens nivå, där jag jämför de diskurser jag identifierar i hovrättsfallen med diskurser som har identifierats i Ulrika Anderssons avhandling "Hans (ord) eller hennes?", rörande domar i mål om sexualbrott mot vuxna, och i Astrid Schlytters avhandling "Kön och juridik i socialt arbete", rörande tvångsomhändertaganden av barn enligt LVU. Både Andersson och Schlytter undersöker i sina studier diskurser beträffande det som betraktas som kvinnligt och det som betraktas som manligt. Andersson identifierar diskurser rörande vuxna kvinnors sexualitet och sexuella integritet. Schlytter identifierar diskurser rörande flickors och pojkars sexualitet, handlingsutrymme och ansvar för gränssättning. Avsikten med min jämförelse är att undersöka om dessa befintliga diskurser är återkommande i den dömande verksamheten, och således kan betraktas som en del som den dömande verksamhetens diskursordning. De allmänna förvaltningsdomstolarna (som prövar frågor om LVU) kan visserligen inte riktigt jämföras med de allmänna domstolarna (där den dömande verksamheten sker), men de båda institutionerna är trots det såpass närbesläktade att de i stor utsträckning torde dela en liknande diskursordning.

I detta kapitel presenterar jag också tidigare forskning som har gjorts på barn med en tidig sexuell debut ur ett psykologiskt perspektiv. Denna forskning återkommer jag till dels i analysen på den diskursiva praktikens nivå, där jag undersöker vilka *antaganden* som görs i konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet, men också i analysen på den sociala praktikens nivå där jag använder denna kunskap för att analysera orsakerna bakom och konsekvenserna av de diskurser som har analyserats i studien.

3.1. Konstruktioner av sexualitet och sexuell integritet i mål rörande sexualbrott mot vuxna

Andersson analyserar i sin avhandling "Hans (ord) eller hennes?" lagstiftarens avvägningar och domstolarnas prövningar rörande sexualbrott mot vuxna. Hon kommer fram till att det är offrets viljeuttryck som har blivit det centrala i domstolarnas prövning och i straffrättsliga texter, trots att frågan i grunden handlar om förövarens våld. Andersson menar att tills dess att brottsoffret avböjer, sätter gränser genom motstånd eller protester, så är angripandet av

hennes kropp legitimt. I min studie fäster jag särskild vikt vid den diskurs som Andersson kallar för *viljediskursen*. I denna diskurs produceras kvinnans kropp som *öppen och tillgänglig*. Kvinnans sexuella integritet görs i denna diskurs beroende av hennes avböjande, och tills dess att hon avböjer är hennes kropps således gränslös. Avböjandet är en förutsättning för den sexuella integriteten, och därmed produceras också en bild av kvinnans *sexualitet* som *passiv och tillgänglig*.⁶¹ Mannens sexualitet produceras istället som *kraftfull och aktiv*. I domar och andra straffrättsliga texter beskrivs det som att det är den tilltalade som ”har haft samlag med målsägaren” och offret förväntas bejaka eller avvisa förövarens aktivitet. Mannens sexualitet produceras som närvarande och relevant, medan kvinnans sexualitet produceras som frånvarande och betydelselös.⁶² Jag undersöker i min studie om denna diskurs, och det sätt som mannens och kvinnans kropp, kön och sexualitet produceras, återkommer vad gäller framställningen av *barns* kropp, kön och sexualitet, eller om det istället går att utläsa någon annan diskurs i dessa fall.

3.2. Konstruktioner av mognad, sexualitet och sexuell integritet i mål rörande tvångsomhändertaganden av barn

Schlytter granskar, i sin avhandling ”Kön och juridik i socialt arbete”, domar rörande tvångsomhändertagande av barn enligt LVU. Studien bygger på 112 domar som har inneburit att ungdomen har omhändertagits med stöd av LVU 3 § (annat socialt nedbrytande beteende). 44 av domarna rör flickor och 68 av domarna rör pojkar.⁶³ I fyra av dessa domar omhändertas flickor delvis på grund av att de ”lever ut sin sexualitet”, ”beter sig på ett sexuellt utmanande sätt” och har ”ett sexuellt utåtgående sätt”. Prostitution har inte förekommit i något av dessa fall.⁶⁴ Schlytter har inte kunnat se någon dom rörande omhändertagande av pojkar, där pojkens sexuella beteende har utgjort grund för bedömningen.⁶⁵ Schlytter identifierar också att pojkar tillåts konsumera droger och alkohol i större utsträckning än flickor innan samhället ingriper. Hon menar att pojkars handlingsutrymme är större än flickors, både när det handlar om sexualitet, drog- och alkoholanvändning och uppvisande av ett besvärligt beteende. Dessutom lägger samhället ett ansvar på flickor att hålla sig innanför gränserna – om gränserna överskrids är flickan inte kapabel att ta hand om sig själv. Skillnaderna i synen på

⁶¹ Andersson (2004) s. 225, s. 236

⁶² Andersson (2004) s. 30, s. 238 och s. 260

⁶³ Schlytter (1999) s. 78

⁶⁴ Schlytter (1999) s. 91

⁶⁵ Schlytter (1999) s. 93

flickor och pojkars handlingsutrymme gör att flickan inte bara anses ansvara över sitt eget agerande, utan även för andras (pojkars) agerande. Att pojkar *inte* omhändertas när de utnyttjar flickor sexuellt eller uppvisar aggressivitet eller våldsamhet mot föräldrar och skolpersonal, indikerar att det beteendet är acceptabelt hos pojkar, medan flickor omhändertas när de umgås med pojkar som uppvisar ett sådant beteende, indikerar att det är flickan som *ansvarar för att sätta gränser*.⁶⁶ I min studie undersöker jag om dessa diskurser – flickors ansvar för gränssättning och pojkars handlingsutrymme – går att utläsa även vad gäller domstolars tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen.

3.3. Psykologiska studier på barn med tidig sexuell debut

Under 200-talet har ett antal olika studier gjorts på barn med tidig sexuell debut, och de har visat sig ge mycket samstämmiga resultat. Barn som har haft sin sexuella debut före 15 års ålder, och särskilt före 14 års ålder, har i en större utsträckning än andra barn varit berusade, använt droger och haft fysiska skador som krävt medicinsk vård. Barn med tidig sexuell debut upplever också större svårigheter i skolan och uppvisar antisociala beteenden såsom våldsanvändning, lögner, stölder och avvikelser från hemmet.⁶⁷ Hos flickor har forskare särskilt sett en låg social anpassning, svårigheter i skolan, antisociala beteenden och en problematisk relation till vuxna.⁶⁸ Flickor med en sexuell debut före 15 års ålder kan visserligen uppvisa en högre självsäkerhet kring sin sexualitet än andra flickor, men uppvisar samtidigt ett sämre mående. De lider i högre grad av psykosomatiska besvär och har oftare ett lågt stämningstillstånd, i jämförelse med flickor med en senare sexuell debut.⁶⁹ I en undersökning uppgav 50 procent av de flickor som debuterat sexuellt före 14 års ålder att de rökte regelbundet, och fler än 50 procent uppgav att de hade varit berusade ett flertal gånger. Av de barn som vid 15 års ålder ännu inte hade debuterat sexuellt, uppgav ungefär tolv procent att de rökte regelbundet eller hade varit berusade ett flertal gånger.⁷⁰ Hos pojkar som debuterat tidigt har forskare särskilt sett en svag känsla av sammanhang, låg självkänsla, större erfarenhet av stölder, våldsanvändning och prostitution i jämförelse med pojkar som debuterat senare.⁷¹

⁶⁶ Schlytter (1999) s. 138-139

⁶⁷ Kastbom (2015) s.12-14

⁶⁸ Magnusson (2001) s. 33

⁶⁹ Magnusson (2001) s. 34

⁷⁰ Makenzius (2012) s. 22-25

⁷¹ Kastbom (2015) s. 12-14

4. ETT UTSNITT AV DEN DÖMANDE VERKSAMHETENS DISKURSORDNING

I detta kapitel redogör jag för några av straffrätten vedertagna principer, begrepp och regelverk som är av betydelse för den dömande verksamheten i allmänhet och tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen i synnerhet. Jag redogör också för de överväganden som gjordes i propositionen till ansvarsfrihetsbestämmelsen, och för könets betydelse för synen på och hanteringen av sexualbrotten. Sammantaget utgör dessa olika principer, begrepp, regelverk och överväganden en del av den dömande verksamhetens diskursordning, vilken utgör ramen för den diskursiva praktik som produktionen av domar sker inom.

4.1. Den traditionella rättskällehierarkin

I juridiken finns en traditionell och djupt rotad syn på rättskälleläran och rättskällornas hierarkiska ordning. I doktrinen beskrivs den hierarkiska ordningen som ”den som är allmänt accepterad bland jurister”.⁷² Högst upp i hierarkin finns lagtexten, följd av förarbeten. Förarbeten är dock inte bindande som rättskälla, utan ska snarare fungera vägledande.⁷³ Efter förarbeten kommer rättspraxis, som i huvudsak utgörs av avgöranden från de högsta domstolsinstanserna i Sverige, det vill säga Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. Rättspraxis utgörs dock även av hovrätten och kammarrättens domar i de fall som inte nått Högsta domstolen, men denna rättspraxis är av lägre dignitet än Högsta domstolens rättspraxis. Längre ner i hierarkin finns doktrin, följt av sedvana och övriga rättskällor.⁷⁴ Till viss del tvistas det om huruvida det är rättspraxis eller förarbeten som står högst i hierarkin av de två, men det framhävs ofta att förarbeten syftar till att förklara ändamålet med lagen samtidigt som rättspraxis syftar till att tolka lagen.⁷⁵ Eftersom förarbeten inte är bindande för domstolarna så hamnar man ibland i en situation där rättspraxis och förarbeten är motstridiga.⁷⁶ Av betydelse för den fortsatta analysen är särskilt betydelsen av praxis från Högsta domstolen, och till viss del också betydelsen av praxis från hovrätten. I kapitel 6.2 analyseras rättskällehierarkin som en form av intertextualisering.

⁷² Zetterström (2012) s. 56

⁷³ Zetterström (2012) s. 56-57

⁷⁴ Zetterström (2012) s. 56-57

⁷⁵ Zetterström (2012) s. 56

⁷⁶ Zetterström (2012) s. 56-57

4.2. Kriminaliseringens syften och straffvärda gärningstyper

Straffrättens syfte har länge diskuterats, men kan framför allt beskrivas med termerna *allmänprevention*, det vill säga att påverka det som kommer att hända, och *vedergällning*, det vill säga att bestraffa det som redan har hänt.⁷⁷ Allmänprevention handlar om att styra människors agerande i en viss riktning, det vill säga utöva social kontroll. Hot om tvångsingripande i form av verkställighet av straff är en metod för utövande för social kontroll, och för att hotet i sig ska ge någon effekt på människors agerande måste det framstå som trovärdigt och verkställas i givna situationer. Straffet betraktas i doktrin som ”i grunden repressivt” och enligt principen ”ultima ratio” ska kriminalisering fungera som en sista utväg (även om så i praktiken inte alltid är fallet).⁷⁸ Förutom att verka allmänpreventivt genom straffhot, så verkar kriminaliseringen också allmänpreventivt genom dess expressiva funktion, att peka ut handlingen som socialt förkastlig.⁷⁹

För att en handling ska kriminaliseras måste det finnas en anledning att kriminalisera den. Det måste således finnas ett skyddsintresse; såsom liv, frihet eller egendom. För kriminalisering krävs också att skyddsintresset inte kan tillgodoses på annat sätt, och att skälen för att straffbelägga en handling är såpass starka att de överväger principen om att aldrig tillfoga någon annan lidande. Det ska därför röra sig om ”särskilt skyddsvärda intressen” för att en gärningstyp ska anses vara straffvärd.⁸⁰ Kriminalisering av olika handlingar är beroende av hur handlingarna betraktas av samhället. En handling är inte brottslig om inte samhället bestämmer att den är det. Vissa handlingar är av det slag att det kan råda så gott som koherens om att handlingarna ska vara kriminaliserade, sådana handlingar kan tänkas vara att döda någon eller att tillgripa någon annans egendom. Vissa handlingar väcker dock betydligt mer diskussion och oenighet, och en kriminalisering (eller avsaknad av kriminalisering) av sådana handlingar kan ge upphov till kritik och debatt. Exempel på sådana handlingar kan vara att tiggas eller att bruka cannabis.⁸¹ I fokus är att handlingen ska vara förknippad med *skuld* i någon mån, att den ska vara *icke-önskvärd*, *förkastlig*, för att den ska vara värd att kriminalisera.⁸²

⁷⁷ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 34

⁷⁸ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 33

⁷⁹ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 35

⁸⁰ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 35

⁸¹ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 30

⁸² Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 34

4.3. Oskyldighetsprincipen och åklagarens bevisbörda

En tungt vägande princip i den svenska straffrätten, som också samspelar med principen om att aldrig tillfoga någon annan lidande, är principen om att *åklagaren har den fulla bevisbördan*. Denna princip sträcker sig långt, och redan år 1988 uttrycks det i doktrinen att det ”råder enighet om att det ankommer på åklagaren att styrka frånvaron av ansvarsfrihetsgrunder”.⁸³ Rätten får inte basera sin dom på att den tilltalade inte har lyckats styrka sin invändning, eftersom den tilltalade inte bär någon bevisbörda. Istället ska en fällande dom bygga på att invändningen har motbevisats av åklagaren. I fall där åklagaren har bevisat den gärning som ligger till grund för åtalet, men inte motbevisat invändningen om rättfärdigande omständigheter, måste domstolen ange vilken av de två olika beskrivningarna av händelseloppet som ska ligga till grund för domen. I de fall åklagaren inte fullgör sin motbevisbörda gäller principen *in dubio pro reo*, och domstolen ska välja det för den tilltalade fördelaktigaste alternativet. Det utesluter att domstolen väljer att lägga det *mest sannolika* händelseförloppet till grund för domen, i det fall åklagaren har misslyckats med att uppnå sin motbevisbörda och det mest sannolika händelseförloppet är till nackdel för den tilltalade. Den tungt vägande principen om åklagarens bevisbörda grundas i att det inte finns någon acceptans för felaktigt fällande domar, och att man därmed hellre friar än fäller.⁸⁴ Åklagarens skyldighet att motbevisa invändningar om ansvarsfrihetsgrundande omständigheter sträcker sig dock inte hur långt som helst. Om en invändning är vag och mycket svagt konkretiserad kan den lämnas utan beaktande.⁸⁵

Hur högt beviskravet är i fall där den tilltalade gör en ansvarsfrihetsinvändning har diskuterats i genom åren, men den allmänna uppfattningen tycks i dagsläget vara att beviskravet kan vara något lägre ställt när åklagaren ska motbevisa en invändning om rättfärdigande omständigheter, än när åklagaren ska bevisa att en gärning överhuvudtaget har ägt rum. Det kan vara svårt för åklagaren att bevisa att någonting *inte* har inträffat. I sådana fall räcker det, i enlighet med NJA 1990 s. 210 och NJA 2005 s. 237, att åklagaren lägger fram så mycket utredning att ”den tilltalades invändning framstår som obefogad”.⁸⁶

⁸³ Heuman (1988) s. 265

⁸⁴ Heuman (1988) s. 266-267

⁸⁵ Heuman (1988) s. 270-271

⁸⁶ Ekelöf (2009) s. 154-155, Jareborg (1994) s. 145

4.4. Kriminalisering av sexuella handlingar mot barn och motivet bakom ansvarsfrihetsbestämmelsen

För att en person som är straffmyndig ska dömas för ett sexualbrott mot ett barn som är under 15 år räcker det, enligt brottsbalken 6 kap 4 och 5 §§, att åklagaren kan styrka att den sexuella handlingen har ägt rum och att den tilltalade förstod eller borde ha förstått att barnet var under 15 år. Något krav på tvång från förövarens sida eller motvilja från barnets sida ställs inte upp. Den sexuella handlingen är som utgångspunkt förbjuden oavsett om barnet samtycker till den eller inte. I propositionen motiveras denna lagstiftning med att samhället behöver skydda barn och ungdomar mot sexuella övergrepp oberoende av om våld eller tvång har förekommit.⁸⁷ I propositionen ger lagstiftaren uttryck för en syn på barn under 15 år som sårbara och såpass omogna att de inte själva kan ta beslut om den sexuella integriteten, och därmed inte kan samtycka till sexuella handlingar. De har därmed ett betydligt mer omfattande behov av skydd än vad vuxna har och ska därför, såsom det uttrycks i propositionen ha ”ett *absolut skydd* mot alla former av sexuella handlingar”.⁸⁸ Detta skyddsbehov kan betraktas som det särskilt skyddsvärda intresse som utgör grunden för kriminaliseringen av sexuella handlingar riktade mot barn.

I vissa fall menar lagstiftaren att det är orimligt att döma någon för våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Det gäller, enligt ordalydelsen i brottsbalken 6 kap 14 §, i fall då det är ”uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt”. För att straffrihetsbestämmelsen ska bli aktuell, förutsätts att gärningen bedöms som mindre allvarlig, och således skulle rubricerats som sexuellt utnyttjande av barn om straffrihetsbestämmelsen inte tillämpats. Detta kräver enligt propositionen att den sexuella handlingen bygger på ”fullständig frivillighet och ömsesidighet” och att målsägaren ”närmar sig åldern för sexuellt självbestämmande”.⁸⁹ I propositionen anges att straffrihetsbestämmelsen ska gälla barn som kommit lång i sin mognad och som är nära 15 år. Den som har begått gärningen ska bara vara ”obetydligt äldre” och ha kommit ”obetydligt längre i sin mognad”.⁹⁰ Utöver detta ska hänsyn tas till de inblandades relation och de omständigheter under vilka den sexuella handlingen ägde rum. I

⁸⁷ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁸⁸ Prop. 2004/05:45 s. 22

⁸⁹ Prop. 2004/05:45 s. 72

⁹⁰ Prop. 2004/05:45 s. 116

propositionen framkommer det att ansvarsfrihetsbestämmelser som dessa är ovanliga i svensk rätt, och att bestämmelsen bör tillämpas med ”stor försiktighet” och föregås av en ”noggrann bedömning av det enskilda fallet”.⁹¹ Bestämmelsen ska endast gälla när det är fråga om *helt frivilliga kontakter mellan två tonåringar som skiljer sig obetydligt i ålder och utveckling*.⁹² Propositionen ger således uttryck för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas endast i vissa, väldigt specifika fall, och endast när barnet helt och hållet har samtyckt till den sexuella handlingen.

4.5. Könets betydelse för sexualbrotten

Sexualbrotten är, i större utsträckning än andra brott, tätt förknippade med de inblandades kön. I viss doktrin kommer könets betydelse för sexualbrotten till uttryck genom att gärningspersonen och brottsoffret könsbestäms på ett (till synes) närmast neutralt och ”konstaterande sätt” i olika hypotetiska exempel.

I ”Brottsbalken – en kommentar” (2013) illustreras räckvidden av begreppet ”hot” i den dåvarande våldtäktsbestämmelsen med att ett sådant hot anses föreligga när ”*en man* på besök hemma hos *en kvinna* plötsligt låser dörren, gör sexuella närmanden och ändrar karaktär till att bli aggressiv”, men att ett sådant hot däremot inte anses föreligga när ”*en kvinna* accepterar sexuellt umgänge med sin chef för att undvika att förlora sin anställning”.⁹³ I ”Brott & påföljder” (2014) exemplifieras (o)betydelsen av brottsoffrets agerande före övergreppet med att det inte spelar någon roll för bedömningen att ”*en kvinna* bjudit in *en man* till sin bostad efter en fest”.⁹⁴

Det finns också en hel del doktrin där författaren har ett medvetet och uttalat könsperspektiv på rätten, och där det sexualiserade våldet problematiseras i förhållande till maktobalansen mellan, och föreställningarna om, män och kvinnor.⁹⁵

Även i lagstiftningssammanhang finns en tydlig föreställning om sexualbrottens koppling till mannens maktövertag i förhållande till kvinnan. Fram till år 1984 var våldtäktsbestämmelsen

⁹¹ Prop. 2004/05:45 s. 116

⁹² Prop. 2004/05:45 s. 116

⁹³ Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman och Wennberg (2013) BrB6:1 s. 3

⁹⁴ Dahlström, Strand och Westerlund (2014) s. 161

⁹⁵ Se bl.a. Gunnarsson, Svensson, Käll och Svedberg (2018), Burman (2007), Andersson (2004), Niemi-Kiesiläinen (2004).

uttryckligen könsbestämt formulerad, och förutsatte för en fällande dom att gärningspersonen var en man och att brottsoffret var en kvinna:

”Tvingar man kvinna till samlag genom våld å henne eller genom hot som innebär trängande fara, dömes för våldtäkt till fängelse, lägst två och högst tio år. Lika med våld anses att försätta kvinnan i vanmakt eller annat sådant tillstånd”.⁹⁶

Sedan dess har samtliga sexualbrottsparagrafer varit formulerade på ett könsneutralt sätt, men kvar finns en stark bild av att sexualbrott begås *av män mot kvinnor*. I propositionen till 2018 års sexualbrottslag framhålls att 96 procent av de som anmäler våldtäkt är kvinnor, och att 98 procent av de som misstänkt för våldtäkt är män.⁹⁷ Den nya frivillighetsbaserade sexualbrottslagstiftningen anses bidra till att uppnå det sjätte jämställdhetspolitiska delmålet – att mäns våld mot kvinnor ska upphöra.⁹⁸

Även vad gäller ansvarsfrihetsbestämmelsen finns tydliga föreställningar om det kvinnliga och det manliga könet. I propositionen till ansvarsfrihetsbestämmelsen omnämns relationen mellan två ungdomar på ett könsbestämt sätt vid flera tillfällen:

”Fall där exempelvis en 16-råig pojke och en 14-årig flicka deltar i en helt frivillig sexuell handling faller formellt under någon av nämnda bestämmelser”.⁹⁹

”Situationer där en 15-åring på ett sexuellt sätt berör sin 14-åriga flickvän kan komma att bedömas som sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § första stycket brottsbalken. Liksom i dag bör det även finnas en möjlighet att inte döma till ansvar i vissa sådana fall”.¹⁰⁰

I straffrättslig diskurs finns således en koherent uppfattning om att sexualbrott begås *av män mot kvinnor* och *av pojkar mot flickor*.

4.6. Sammanfattning av den dömande verksamhetens diskursordning

Tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen påverkas av ett antal olika principer, begrepp och regelverk i den dömande verksamhetens diskursordning. I den traditionella

⁹⁶ Prop. 1983/84:105 s. 3

⁹⁷ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁹⁸ Prop. 2017/18:177 s. 76

⁹⁹ Prop. 2004/05:45 s. 116

¹⁰⁰ Prop. 2004/05:45 s. 116

rättskällehierarkin är rättspraxis en bindande rättskälla. Hov- och tingsrätterna är därmed bundna till rättsfall från Högsta domstolen, och i viss mån till andra hovrättsavgöranden. För att en handling ska bli kriminaliserad krävs att den anses vara förkastlig, icke-önskvärd, av samhället. Det måste finnas ett särskilt skyddsintresse som väger över principen om att aldrig tillfoga någon annan lidande. Även då en handling är kriminaliserad, finns ett långtgående skydd för den som misstänks ha genomfört en sådan handling. I brottmål har åklagaren hela bevisbördan, och denna omfattar också (icke-)förekomsten av ansvarsbefriande omständigheter, även om beviskravet i dessa fall är något lägre. Sexuella handlingar med barn under 15 år är som utgångspunkt kriminaliserade oberoende av barnets inställning. Barnets skyddsbehov är det primära skyddsintresset, och ansvarsfrihetsbestämmelsen syftar till att undvika ”orimliga konsekvenser” av lagstiftningen. I straffrättslig diskursordning finns en koherent uppfattning om att sexualbrott begås av män mot kvinnor, och det är så omständigheterna kring sexualbrotten uttrycks i både doktrin och förarbeten till lagtext.

5. KONSTRUKTIONER AV BARNETS MOGNAD, SEXUALITET OCH SEXUELLA INTEGRITET I RÄTTSPRAXIS

I det här kapitlet gör jag en analys av rättspraxis på *textens nivå*, och med hjälp av analysverktygen modalitet (graden av affinitet, det vill säga styrka i ett påstående) och transitivitet (användandet av objekt i en sats) undersöker jag hur barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet framställs och formuleras i domskälen.

5.1. Diskursen om 13-årsdagen som avgörande för sexuell mognad

I de rättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning trots att barnet vid tidpunkten för gärningen var yngre än 14 år omnämns barnets unga ålder mycket knapphändigt i domskälen. I ett hovrättsavgörande från 2012 där en flicka var strax under 14 år vid tidpunkten för gärningen kommenterar varken tingsrätten eller hovrätten barnets låga ålder. I målet förekommer bland annat följande berättelse från flickan:

”[Pojken] sa flera gånger att han ville ha sex med henne. Hon sa att hon inte var redo och att hon inte var 15 år. Vid det aktuella tillfället hade [pojken] sovit över hos henne. Hon tror att detta var två veckor innan att hon skulle fylla 14 år. De sov nakna i samma säng. På morgonen började [pojken] smeka henne och de pussades. De hade därefter samlag. Hon tyckte då att detta var okey. Efter en dag började hon inse att det var fel och henne och misstänkte att han bara ville ta hennes oskuld. Det kändes efteråt som att han tvingade henne att ha sex med honom.¹⁰¹

Flickans mamma berättar följande i målet:

”Några dagar efter händelsen tog det slut mellan [flickan] och [pojken]. [Flickan] mådde då psykiskt dåligt för att det "snackades en del". [Flickan] sa att det kändes fel och var väl antagligen "inte redo".”¹⁰²

I tingsrätten bedömning av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet prövas dessa omständigheter överhuvudtaget inte, utan tingsrätten konstaterar kort följande:

¹⁰¹ HovR B 495-12 (ur tingsrättens domskäl, B 3179-11)

¹⁰² HovR B 495-12 (ur tingsrättens domskäl, B 3179-11)

”Vid en samlad bedömning av vad som kan anses utrett i målet finner tingsrätten att det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan] med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling.”¹⁰³

I ett hovrättsavgörande från 2013, där en flicka var 13 år och 3 månader gammal vid tidpunkten för gärningen, lämnar flickans mamma följande beskrivning av flickan:

”[Flickans] mentala mognad motsvarar inte hennes ålder. Hon är lättpåverkad, har svårt för att sätta gränser och förstår inte alltid konsekvenserna av sitt handlande. Efter händelsen har [flickan] varit ”tom” och deprimerad ibland. Hon har inte velat gå till skolan eftersom hon har blivit utsatt för glåpord där.”¹⁰⁴

Hovrätten skriver uttryckligen i domskälen att dessa uppgifter inte tas i beaktande vid bedömningen:

”I likhet med tingsrätten anser hovrätten att det inte har framkommit att [flickan], som vid det första samlaget med [pojken] var knappt tretton år och tre månader, skulle ha uppnått en större mognad än vad som motsvarade hennes ålder. Hovrätten anser å andra sidan att det inte heller har framkommit något som tyder på att hon inte skulle ha uppnått den mognad som motsvarade hennes ålder.” Vad [flickans] vårdnadshavare uppgett om att [flickan] skulle vara lättpåverkad, ha svårt för att sätta gränser och inte alltid förstå konsekvenserna av sitt handlande föranleder inte någon annan bedömning (...). Det är hovrättens uppfattning att även om det skiljer nästan två år mellan [flickan] och [pojken] så utvisar utredningen att skillnaden i mognad och utveckling inte kan anses så stor att ansvarsfrihetsregel inte kan tillämpas.”¹⁰⁵

I de två ovanstående målen finns tydliga omständigheter som indikerar att flickorna inte har varit tillräckligt mogna för att genomföra ett samlag, och att samlaget därmed har haft negativ inverkan på flickornas välmående. Trots dessa indikationer, och det faktum att flickorna haft mer än ett år kvar till gränsen för sexuellt självbestämmande vid tidpunkterna för gärningarna, så presenterar domstolen i båda fallen sina slutsatser med hög *affinitet*. Målens utfall presenteras som om det baseras på vad som ”kan anses utrett i målet” eller vad ”utredningen utvisar”, som om det vore tydligt och klart i utredningen att flickan varit såpass mogen och utvecklad att det är uppenbart att gärningen inte innebar något övergrepp mot henne. De omständigheter som antyder något annat omnämns inte alls i avgörandet från 2012, och avfärdas kort med formuleringen ”föranleder inte någon annan bedömning” i avgörandet från 2013. I den sistnämnda formuleringen är det intressant att titta på *transitiviteten*. Istället för att

¹⁰³ HovR B 495-12 (ur tingsrättens domskäl, B 3179-11)

¹⁰⁴ HovR B 5135-13

¹⁰⁵ HovR B 5135-13

ge uttryck för att hovrätten *väljer* att helt och hållet bortse från mammans uppgifter, så skriver hovrätten att uppgifterna "*inte föranleder*" någon annan bedömning, som om (den enligt hovrätten obefintliga) kopplingen mellan mammans utsaga och bedömningen av flickans mognad är på förhand given, oberoende av aktörer som väljer att beakta eller inte beakta hennes uppgifter. Att, som i avgörandet från 2012, helt avstå från att överhuvudtaget omnämna flickans och hennes mammas uppgifter om flickans mognadsgrad och det negativa inverkan den sexuella handlingen inneburit för henne i bedömningen ger i princip samma effekt. I domskälen framställs tingsrättens val av det som ska beaktas och det som inte ska beaktas som naturligt, snarare än resultatet av ett beslut fattat av tingsrättens medlemmar. När hovrätten väljer och väljer bort vilka omständigheter som är av betydelse för bedömningen av barnets mognad på ett sådant sätt att barnets vårdnadshavares och barnets egen beskrivning av hans eller hennes mognad exkluderas, så produceras en bild av barnets mognad som helt och hållet beroende av hans eller hennes *fysiska ålder*.

Samtidigt som beskrivningar av det enskilda barnet exkluderas, så undviker domstolen att göra en bedömning av barnets fysiska ålder som sådan, och den utvecklingsgrad som ett barn i 13-årsåldern generellt sett har uppnått. Istället produceras en föreställning som, helt utan förankring, framhäver det som självklart, allmänt vedertaget, att ett 13-årigt barn har uppnått den mognad och utveckling som krävs för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska bli möjlig att tillämpa.

I ovanstående avgöranden görs varken någon hänvisning till rättspraxis eller till utomjuridisk kunskap, men i några andra avgöranden (där den tilltalade i samtliga fall friats trots att flickan varit yngre än 14 år) hänvisas till tidigare praxis:

"Härtill kommer, såsom hovrätten tolkar lagförarbetena och vilket också godtagits i en del hovrättsavgöranden, att åldern 13 och ett halvt år inte utgör något absolut hinder mot att tillämpa bestämmelsen om ansvarsfrihet."¹⁰⁶

"Av praxis får anses framgå att [flickan], även om hon är under femton år, uppnått en sådan ålder att hon får anses i rättslig mening kunna samtycka till sexuella gärningar."¹⁰⁷

¹⁰⁶ HovR B 723-16

¹⁰⁷ HovR B 2345-17 (ur tingsrättens domskäl, B 2467-16)

”Även om regeln sällan har ansetts tillämplig när målsägaren varit yngre än 14 år är hovrättspraxis inte entydig. Hovrätten för Nedre Norrland har i flera fall ansett att ansvarsfrihetsregeln varit tillämplig när målsägaren varit 13 år och den tilltalade 15-17 år.”¹⁰⁸

”Beträffande frågan om målsägaren har uppnått sådan ålder att frivillighet från hennes sida har betydelse har HD i ett fall (NJA 2006 s. 79 I), i vilket [flickan] var 13 år och 10 månader, konstaterat att [flickan] hade uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kunde anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten.”¹⁰⁹

Frågan i NJA 2006 s. 79 I (omnämns härefter Uddevallamålet) som hovrätten hänvisar till i ett av de ovanstående utdragen, rör inte tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen, utan frågan om gärningen ska rubriceras som våldtäkt mot barn eller sexuellt utnyttjande av barn. Högsta domstolen riktar i målet kritik mot de uttalanden som har gjorts i förarbetena om att ”barn aldrig kan samtycka till sexuella handlingar”, och gör antagandet att detta uttalande främst tar sikte på sexuella övergrepp mot ”mindre barn”. Detta resonemang leder fram till följande slutsats:

”Uttalandena kan således inte antas vara avsedda att förhindra att frivillighet beaktas som en för den straffrättsliga bedömningen relevant faktor även om betydelsen därav självfallet, i överensstämmelse med vad som uttalas i propositionen (s. 144), måste bedömas med hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande.”¹¹⁰

I bedömningen av hur barnets samtycke skulle bedömas i det enskilda fallet, där en 26-årig man genomfört ett samlag med en flicka som var 13 år och 10 månader gammal, gör domstolen dock enbart följande konstaterande:

”[Flickan] hade också vid samvaron uppnått en sådan ålder att denna i sig inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten. Det har inte heller framkommit något om [flickans] mognad eller omständigheterna i övrigt vid gärningen som ger anledning att bortse från frivilligheten.”

Trots att Högsta domstolen i sitt allmänt hållna resonemang om beaktande av barns samtycke tydliggör att barnets frivillighet måste bedömas med ”*hänsyn till barnets mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande*”, så görs inget sådant hänsynstagande i det efterföljande resonemanget kring det enskilda fallet som målet rör. Högsta domstolen belyser

¹⁰⁸ HovR B 267-16

¹⁰⁹ HovR B 826-09

¹¹⁰ NJA 2006 s. 79 I

varken det enskilda barnets utveckling eller den mognad och förmåga att inse innebörden av sitt handlande som en 13-åring generellt sett besitter. Istället skriver domstolen att flickan hade uppnått en sådan ålder att åldern i sig ”inte kan anses utgöra något hinder mot att beakta frivilligheten”. Uttrycket ”*Inte kan (...)*” ger påståendet mycket hög affinitet, eftersom det *utesluter* alla andra möjligheter. Att barnet är 13 år och 10 månader gammal *kan* enligt Högsta domstolen inte innebära något annat än att barnets frivillighet kan beaktas. Samtidigt använder Högsta domstolen objektiv modalitet istället för subjektiv – genom att skriva att ”*åldern i sig inte kan anses (...)*” framstår slutsatsen som given fakta, snarare än som en tolkning gjord av Högsta domstolens medlemmar. I kapitel 6 kommer jag att gå djupare in på vilken betydelsen Högsta domstolens uttalande om barnets ålder och mognad har i den diskursiva praktiken.

Eftersom domstolarna producerar en bild av 13-åringen som tillräckligt mogen att samtycka till sexuella handlingar, så producerar de också ett ansvar på 13-åringen att själv avgöra om den sexuella handlingen innebar ett övergrepp eller inte. 13-åringen förväntas förstå innebörden av ett övergrepp, och sätta ord på känslan av ett sådant:

”Ingenting framkommer som tyder på att [flickan] själv anser sig ha blivit utsatt för ett övergrepp.”¹¹¹

”Det har inte framkommit att [pojken] på ett otillbörligt sätt förmått [flickan] till samlaget eller att hon upplevt sig själv som utnyttjad eller utsatt för ett sexuellt övergrepp.”¹¹²

I de fall där flickan inte har gett uttryck för att gärningen har inneburit ett övergrepp mot henne, används det som ett argument för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas. I fall där flickan *har* gett uttryck för att gärningen innebar ett övergrepp mot henne, så bortses från dessa uppgifter och ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas ändå. Således produceras en *förväntning* på flickan att kunna identifiera och sätta ord på ett övergrepp, samtidigt som det finns en *avsaknad av beaktande* av flickans egen upplevelse i de fall flickan själv har uttryckt att hon inte var tillräckligt mogen för att samtycka till den sexuella handlingen, och därmed har påverkats negativt av den. Istället produceras *den fysiska åldern* som den avgörande faktorn för bedömningen av barnets mognad, snarare än hur det enskilda barnets mognad uppfattas av barnet själv eller barnets vårdnadshavare. Att barnet har uppnått en tillräckligt

¹¹¹ HovR B 826-09.

¹¹² HovR B 221-13 (ur tingsrättens domskäl, B 1833-12)

hög ålder och utveckling ska utgöra en förutsättning för att överhuvudtaget beakta barnets samtycke. I de rättsfall som studien omfattar utgör det istället en anledning för domstolen att bortse från barnets motvilja. Samtidigt produceras bilden av 13-årsdagen som en naturlig och självklar gräns för barnets kapacitet att samtycka till sexuella handlingar. Sammantaget skapar det en bild av att ett barn som har fyllt 13 år inte längre är ett ”barn” som är i behov av ett särskilt skydd mot sexuella handlingar, utan istället ska ta ett eget ansvar över den sexuella integriteten och gränssättningen.

5.2. Diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet

I de flesta fall där ansvarsfrihetsbestämmelsen prövats är målsägaren en flicka och den tilltalade en pojke. I ett refererat hovrättsavgörande är dock situationen den omvända, och jag har valt att inkludera även detta mål i min analys eftersom tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen görs på ett sätt som skiljer sig kraftigt från den tillämpning som avses i propositionen. De diskurser som går att identifiera i detta avgörande skiljer sig dessutom tydligt från de diskurser som blir synliga i avgöranden där målsägaren är en flicka och den tilltalade är en pojke.

I det aktuella målet friades 19-årig kvinna med stöd av ansvarsfrihetsbestämmelsen efter det att hon genomfört ett samlag med en 13-årig pojke. I målet görs följande bedömning av den 13-årige pojkens mognad och utveckling:

” I målet är klarlagt att det råder en åldersskillnad mellan [kvinnan] och [pojken] om sex år. Det står samtidigt klart att denna åldersskillnad knappast kan sägas motsvara de faktiska förhållandena i fråga om utveckling och uppträdande hos de båda ungdomarna. [Pojken] var visserligen 13 år gammal vid tiden för gärningarna men av de uppgifter som lämnas i målet framkommer att han har uppträtt på ett sätt som inte kan sägas vara vanligt i den åldersgruppen utan snarare är jämförbar med vad som kan förekomma bland ungdomar som är flera år äldre. Det är [pojken] och hans två år äldre kamrat [vittne A] som i alkoholpåverkat tillstånd har sökt upp [kvinnan] och [vittne B] vid 01-tiden den aktuella natten. Utredningen ger vid handen att [pojken], som är förhållandevis storvuxen för sin ålder, vid tiden för gärningarna redan var sexuellt erfaren och var den som tog initiativet till de sexuella handlingarna (...).”¹¹³

Att pojken vid 13-års ålder vid tillfället för den sexuella handlingen är *alkoholpåverkad* och att han *redan är sexuellt erfaren* betraktas som indikationer på att pojken är mogen och

¹¹³ RH 2013:12

utvecklad för sin ålder, trots att dessa faktorer istället hade kunnat betraktas som indikationer på att pojken far illa eller mår dåligt.

I målet framkommer att pojken och flickan visserligen kände varandra sedan tidigare, men att de inte kände varandra särskilt väl. Det faktum att någon ”nära och god relation” inte förelåg mellan parterna behandlas inte hovrättens bedömning, trots att det enligt propositionen är en förutsättning för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska vara tillämplig.¹¹⁴

I de mål som rör flickor som målsägare bedöms, som vilket jag diskuterar nedan i kapitel 5.3, ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpbarhet inte primärt utifrån vad flickan har känt och upplevt, utan utifrån vad hon har uttryckt och vad pojken har uppfattat. I detta mål finns ett betydligt större fokus på barnets inställning till den sexuella handlingen. Tyngd läggs på det faktum att pojken själv berättar att det var han som tog initiativet till den sexuella handlingen och att pojken hade tidigare sexuella erfarenheter. Medan flickor som sexualbrottsoffer beskrivs utifrån hur de *inte* har agerat (*inte* sagt ifrån, *inte* bett pojken att gå), så beskrivs pojken som sexualbrottsoffer utifrån hur han *har* agerat:

”[Pojken] uppträdande i övrigt under kvällen och natten tyder även på att han är en person som inte har låtit sig styras av [flickan] eller blivit utnyttjad av henne utan tvärtom varit påtagligt självständig och initiativrik. Inte heller har han, såvitt utredningen visar, i tiden efter händelserna i lägenheten påverkats negativt av det som inträffat utan tvärtom berättat om de sexuella aktiviteterna i lägenheten för flera kamrater i skolan.”¹¹⁵

Hovrätten gör slutligen följande bedömning:

”Det samlade intrycket som hovrätten har bibringats av utredningen är att - trots den ålderskillnad som föreligger - skillnaden mellan ungdomarna i fråga om utveckling och mognad i de hänseenden som här är av betydelse inte är anmärkningsvärt stor, att det är målsäganden som i huvudsak har varit pådrivande och initiativrik i fråga om det sexuella umgänget i lägenheten och att målsäganden inte synes ha påverkats negativt av gärningen eller uppfattat den som ett övergrepp. Omständigheterna är sammantaget sådana att hovrätten finner det uppenbart att samlaget och de övriga sexuella aktiviteterna inte har inneburit ett övergrepp mot målsäganden.”¹¹⁶

¹¹⁴ Prop. 2004/05:45 s. 152

¹¹⁵ RH 2013:12

¹¹⁶ RH 2013:12

I detta mål formulerar hovrätten, till skillnad från i många andra mål, sin *slutsats* med subjektiv modalitet ("hovrätten finner det uppenbart"), men ett flertal av de *påståenden* som hovrätten gör i domskälen formuleras med objektiv modalitet och mycket hög affinitet trots att de saknar vetenskaplig grund. Hovrätten uttrycker att "det står klart" att åldersskillnaden mellan pojken och kvinnan "knappast kan sägas motsvara" de faktiska förhållandena i fråga om utveckling och uppträdande. Hovrätten baserar detta påstående på att pojken var alkoholpåverkad, storvuxen, hade tidigare sexuella erfarenheter och tog initiativ till de sexuella handlingarna. Dessa omständigheter behöver inte nödvändigtvis innebära att pojken är mogen för sin ålder, utan kan istället betraktas som indikationen på att pojken har hamnat i en problematisk livssituation eller mår dåligt av andra skäl. Med en sådan tolkning av omständigheterna skulle pojken kunna beskrivas som sårbar, otrygg och i särskilt stort behov av samhälleligt skydd, snarare än mogen, utvecklad och erfaren. Trots det framställer hovrätten sin tolkning som *fakta*, genom att uttrycka att det *står klart* att åldersskillnaden inte kan motsvara de faktiska förhållandena i fråga om utveckling och uppträdande.

Istället för att definiera pojken utifrån ett barns normala tillvaro, mognad och utveckling definierar hovrätten pojken utifrån hans tidigare sexuella erfarenheter och hans initiativtagande i den aktuella sexuella handlingen, och betraktar därmed pojken som i sin natur sexuellt driven. Att pojken som 13-åring har haft tidigare sexuella kontakter ifrågasätts eller problematiseras inte utifrån det faktum att han är ett barn som har två år kvar till gränsen för sexuellt självbestämmande, utan betraktas snarare som något självklart och positivt. Att pojken har konsumerat alkohol vid tidpunkten för den sexuella handlingen framställs inte heller som problematiskt, utan uttrycks istället som ett tecken på pojkens höga mognadsgrad. Framställningen av den 13-åriga pojken i målet ger uttryck för en diskurs om pojkens avsaknad av sårbarhet. Pojken tillåts (och kanske även förväntas) debutera sexuellt och konsumera alkohol i mycket tidig ålder utan att det betraktas som en indikation på att pojken far illa. Det innebär också att domstolarna har svårt att betrakta en pojke som ett sexualbrottsoffer om pojken själv har varit delaktig i de sexuella handlingarna. Hovrätten framställer en bild av pojkens sexuella integritet som i princip omöjlig att kränka, åtminstone inte om han tog initiativ till den sexuella handlingen själv. Redan som 13-åring ska han vara sexuellt driven, och känna till gränserna för sin sexuella integritet.

5.3. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja

Ansvarsfrihetsbestämmelsen är formulerad så att den ska tillämpas om det är *uppenbart* att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot barnet. Trots det har den tilltalade i flera fall friats trots att barnet själv har berättat att den sexuella handlingen var ofrivillig, och trots att barnet har uttryckt att den sexuella handlingen var förknippad med obehag:

”[Flickan] grät och var i panik under samtalet. (...) [Flickan] har mått dåligt och förändrat sitt beteende i vissa avseenden efter händelsen.”¹¹⁷

”Hon har efter händelsen mått mycket dåligt.”¹¹⁸

”Hon har tänkt mycket på det, det känns fel att ha utsatt sin kropp för det som hände och killen borde ha avstått. (...) Det är både sexet och att hon fått pengar för det som fått henne att må dåligt.”¹¹⁹

”[Flickan] har dock även berättat att hon vid flera av tillfällena övertalades att ha samlag och att hon var rädd för att säga att hon inte ville ha samlag med [pojken].”¹²⁰

I bedömningen huruvida samlaget har inneburit något övergrepp mot flickan eller inte är det i dessa fall inte flickans upplevelse av den sexuella handlingen som ligger i fokus, utan hur pojken har uppfattat hennes *viljeuttryck*:

”Vad som framkommit i målet ger vid handen att [pojken] uppfattat handlingen som ömsesidig och frivillig och att [flickan] inte gett honom anledning att tro något annat. I ett avgörande från Högsta domstolen, där en nittonårig man haft samlag med en fjortonårig flicka, har gärningen bedömts som sexuellt umgänge med barn eftersom mannen uppfattat samlaget frivilligt från målsägarens sida (NJA 2015 s. 948). (...) Det har också av [flickans] egna uppgifter framgått att hon inledningsvis inte på något sätt gav till känna att hon inte ville vara med om det som skedde. (...) Vad som framkommit talar för att gärningen varit frivillig och ömsesidig under hela tiden den pågick, även om [flickan] kan ha ångrat sig i efterhand. En samlad bedömning av omständigheterna i målet ger därför vid handen att den åtalade gärningen inte inneburit ett övergrepp mot [flickan].”¹²¹

”Det nu anförda gör att [flickans] uppgifter om att samlaget fortsatt efter att hon visat att hon ville avsluta det måste behandlas med sådan försiktighet att de inte kan ligga till grund för bedömning av gärningen. Till skillnad från tingsrätten finner hovrätten därför att det inte är visat annat än att hela samlaget varit frivilligt från [flickans]

¹¹⁷ HovR B 2345-17 (ur tingsrättens domskäl, B 2467-16)

¹¹⁸ HovR B 4578-14 (ur tingsrättens domskäl, B 8959-13)

¹¹⁹ HovR B 2961-17 (ur tingsrättens domskäl, B 810-17)

¹²⁰ HovR B 2027-16 (ur tingsrättens domskäl, B 1788-15)

¹²¹ HovR B 2345-17

sida. (...) Mot den nu angivna bakgrunden leder en samlad bedömning av omständigheterna i målet fram till att det får anses uppenbart att samlaget inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹²²

”Utifrån vad som således har framkommit om parternas relation och hur [pojken] uppfattade den samt att det inte är visat att han förstått att ersättning var en förutsättning för samlaget, är omständigheterna sammantagna sådana att ansvarsfrihetsbestämmelsen i 6 kap 14 § brottsbalken ska tillämpas.”¹²³

”[Pojkens] och [flickans] berättelser kan i och för sig båda uppfattas som trovärdiga. Samtidigt är uppgifterna motstridiga när det gäller om [flickan] gett uttryck för att hon inte ville ha samlag eller om hon övertalades till det. (...) Med hänsyn till [pojken]s uppgifter och till den ringa skillnad i ålder och utveckling mellan [pojken] och flickan] samt med beaktande av att det varit en ömsesidig relation är det uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹²⁴

De emotionella aspekterna av den sexuella handlingen omnämns i *redogörelserna* för flickornas berättelser, men utelämnas helt i domstolarnas *bedömningar* i fråga om ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet i de enskilda fallen. I samtliga fall förekommer en avsaknad av objekt i domstolarnas slutsatser, det vill säga i de delar av domskälen där domstolarna konstaterar att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas. Slutsatserna formuleras som att det är *omständigheterna* som ”ger vid handen”, ”är sådana” eller ”leder fram till” att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas. Bakom denna formulering döljer domstolarna att det finns delar av de omständigheter som har framkommit i målet som indikerar att gärningen faktiskt *innebar* ett övergrepp mot barnet. I själva verket är det inte omständigheterna i sig som innebär att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas, utan de delar av omständigheterna som domstolarna bedömer *vara väsentliga*. Barnets mående i samband med och efter händelsen är inte en sådan omständighet som betraktas vara väsentlig i domstolarnas bedömning, men istället för att uttrycka att så är fallet döljer domstolarna det egna ställningstagandet bakom en sats med avsaknad av objekt.

I två av de ovanstående målen formulerar domstolarna dessutom sina slutsatser med objektiv modalitet och hög affinitet ”(...) *är* omständigheterna sammantaget sådana att ansvarsfrihetsbestämmelsen i 6 kap 14 § brottsbalken *ska* tillämpas”, ”(...) *är det* uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan]”.

¹²² HovR B 4578-14

¹²³ HovR B 2961-17

¹²⁴ HovR B 2027-16 (ur tingsrättens domskäl, B 1788-15)

I flera domar omnämns uppenbarhetsrekvisitet överhuvudtaget inte i relation till flickornas känslomässiga upplevelser av de sexuella handlingarna. I ett fall uttrycks att en samlad bedömning av omständigheterna *ger vid handen* att den åtalade gärningen inte inneburit ett övergrepp mot flickan, trots att det enligt lagtextens ordalydelse ska vara *uppenbart*.

Vad som sammantaget blir tydligt vid en analys med hjälp av analysverktygen modalitet och affinitet är att de *emotionella aspekterna* av händelsen inte omfattas av det som domstolarna benämner som ”omständigheterna i målet”, och att detta döljs bakom en avsaknad av objekt i domstolarnas formuleringar. Uppenbarhetsrekvisitetet benämns inte alls, eller enbart i förhållande till de uppgifterna som domstolarna har valt att inkludera i bedömningen, till exempel att barnet inte har uttryckt motvilja.

I ett av ovanstående utdrag görs en hänvisning till NJA 2015 s. 948 (omnämns härefter Västeråsmålet). Detta avgörande gällde gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande mot barn, och domstolen berörde aldrig ansvarsfrihetsbestämmelsen. I målet beskriver flickan händelsen på följande sätt:

”Hon försökte resa på sig och ta sig ut ur bilen, men han höll fast henne om midjan så att hon inte kom loss. Ingen av dem sade fortfarande något, men hon gjorde inget och var helt passiv. [Mannen] hade vid två tillfällen fört hennes hand mot sin penis, men hon hade tagit bort handen. Hon ville inte ha samlag men var för rädd eller för feg för att säga ifrån.”¹²⁵

Också den tilltalade beskriver att flickan var passiv under händelsen:

”Under hela samlaget var hon helt stilla och det var han som fick göra allt. Ingen av dem sade heller något vare sig före, efter eller under detta. (...) Han skulle dock aldrig ha genomfört något samlag om han hade trott att hon inte ville, och hon hade lätt kunnat säga ifrån.”¹²⁶

Högsta domstolen gör i målet följande bedömning:

”Det har inte varit fråga om ett sådant fall där samlaget byggt på fullständig frivillighet och ömsesidighet. Mycket tyder på att [flickan] inte ville ha samlag. Det som har kommit fram i målet ger emellertid inte underlag för annan bedömning än att [mannen] uppfattat samlaget som frivilligt från hennes sida. Gärningen kan med

¹²⁵ NJA 2015 s. 948 (ur tingsrättens domskäl, se NJA-referat)

¹²⁶ NJA 2015 s. 948 (ur tingsrättens domskäl, se NJA-referat)

hänsyn härtill och med beaktande av [mannens] och [flickans] ålder inte anses vara så allvarlig att den ska bedömas som våldtäkt mot barn.¹²⁷

Även Högsta domstolen lägger således ansvaret att aktivt uttrycka motvilja på barnet. Trots att både mannen och flickan uppger att flickan var helt passiv under händelsen, så läggs inget ansvar på (den fem år äldre) mannen att försäkra sig om att flickan vill genomföra samlaget, trots att hon bara var 14 år gammal.

En flicka förväntas, trots att hon är yngre än 15 år, avböja den sexuella handlingen, och tydligt visa för pojken att hon inte vill delta i den. Om flickan inte har avböjt den sexuella handlingen (eller inte kan *bevisa* att hon har avböjt, vilket jag återkommer till i den fortsatta analysen) så anser hovrätten att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas, och därmed att det är *uppenbart* att den sexuella handlingen inte har inneburit något övergrepp mot barnet. Flickans upplevelse av den sexuella handlingen som ett övergrepp godtas således inte om hon inte kan visa att hon aktivt och tydligt har uttryckt sin motvilja. Fram till den punkt då flickan aktivt sätter en gräns, är hennes kropp öppen och tillgänglig för pojken, och att han genomför en sexuell handling med hennes kropp anses inte kränka hennes sexuella integritet.

Resonemang kring huruvida pojken har visat lyhördhet inför flickans inställning till den sexuella handlingen saknas i domskälen. Trots att det är förbjudet att genomföra en sexuell handling med ett barn under 15 år lägger hovrätten inget ansvar på pojken att försäkra sig om flickans inställning till den sexuella handlingen. Istället lägger hovrätten ansvaret på flickan att uttrycka sin motvilja på ett tydligt sätt, så hon aktivt ”ger honom anledning att tro något annat” än att hon frivilligt deltar. Det räcker dessutom att flickan inte har uttryckt någon vilja alls, det vill säga varken vilja eller motvilja, för att pojken ska anses ha uppfattat den sexuella handlingen som frivillig och ömsesidig. Hovrätten bedömer inte bristen på sexuell aktivitet från flickans sida som ett tecken på att samlaget kan ha inneburit ett övergrepp mot henne, utan behandlar istället hennes passivitet som ett argument för att pojken ”tilläts” genomföra en sexuell handling med hennes kropp.

De emotionella aspekterna av den sexuella handlingen, barnets känsla av att ha blivit utsatt för ett övergrepp, utelämnas helt i hovrättens bedömningar. Det konstruerar flickans egen sexualitet som passiv, obefintlig, eftersom flickans upplevelse är betydelselös när hovrätten

¹²⁷ NJA 2015 s. 948

ska avgöra om den sexuella handlingen innebar ett övergrepp mot henne. Hennes sexuella integritet är beroende av hennes uttryck av ovilja – om hon inte uttrycker motvilja kan hon inte bli utsatt för sexuellt övergrepp.

5.4. Diskursen om samtycket i en kärleksrelation och flickans rationella reaktion

I ett antal av hovrättsfallen tolkar domstolen flickans agerande (eller brist på agerande) i samband med och efter händelsen som en indikator eller till och med ett bevis på att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot flickan. Det förväntas av flickan att bete sig på ett visst sätt, på ett förväntat sätt, för att flickan ska anses ha blivit utsatt för ett övergrepp:

”Det framgår också att [flickan] ville fortsätta relationen med [pojken]. Mot bakgrund av detta saknas klart stöd för att [pojken] skulle ha uppträtt bryskt eller på annat sätt utövat någon otillbörlig påverkan mot [flickan]. Detsamma gäller [flickans] påstående om att [pojken], mot hennes vilja, tagit av henne kläderna och därefter genomfört ett påtvingat samlag.”¹²⁸

”Parterna kände varandra väl och den omständigheten att [pojken] kom att övernatta hos [flickan] och dagen därpå gick hem först sedan hans far ringt efter honom talar starkt för att [flickan] på intet sätt känt någon rädsla för eller obehag av honom. (...) Det skall vidare noteras att förhållandet mellan [pojken] och [flickan] under de närmaste dagarna efter gärningen, såvitt utredningen kan anses visa, inte påverkades av gärningen, varför det förefaller som om [flickan] inte omedelbart har uppfattat den som ett övergrepp.”¹²⁹

”Vidare har [vittne A] och [vittne B] i sina vittnesmål uppgett att [flickan] och [pojken] kommit i sällskap och lämnat tillbaka nyckeln till [vittne B:s] lägenheten och att de då kramades och höll om varandra.”¹³⁰

Flickan kan enligt domstolarnas resonemang inte ha upplevt den sexuella handlingen som övergrepp om hon inte omedelbart tagit avstånd från förövaren. Påståendena framställs med objektiv modalitet och hög affinitet (”saknas klart stöd”, ”talar starkt för”), men även här saknas en vetenskaplig grund. Att en fortsatt relation med förövaren utesluter förekomsten av ett sexuellt övergrepp innebär i princip att sexualbrott i nära relationer aldrig skulle vara att bedöma som sexualbrott, men denna aspekt lyfts inte i domskälen. Inte heller lyfts aspekten att ett barns ännu inte färdigutvecklat, och att varken ett barns intellektuella eller emotionella förmågor inte går att likställas med en vuxens.

¹²⁸ HovR B 1370-18

¹²⁹ NJA 2007 s. 201

¹³⁰ HovR B 4934-15

Domstolarna lägger istället ett ansvar på flickan att reagera på övergreppet genom att med en gång *uppfatta det*, och att omedelbart därefter *avbryta relationen* med pojken. Diskursen ger uttryck för att flickan ska agera på ett sätt som uppfattas som *rationellt*.

I och med att flickan förväntas avbryta relationen med förövaren i det fall ett övergrepp äger rum, så förväntas flickan också samtycka till samlag om hon väljer att stanna kvar i relationen. Det ger uttryck för en föreställning om att ett frivilligt deltagande i en kärleksrelation också innebär ett frivilligt deltagande i sexuellt umgänge. En sådan föreställning återkommer uttryckligen i flera domar (i vilka flickan uttryckt att den sexuella handlingen ägde rum ofrivilligt):

”Med hänsyn till [pojken] uppgifter och till denna ringa skillnad i ålder och utveckling mellan [pojken] och [flickan] samt med beaktande av att det varit en ömsesidig relation är det uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹³¹

”När det gäller övriga förhållanden såsom parternas ålder, åldersskillnaden, relationen och omständigheterna i övrigt har dessa varit sådana som bestämmelsen är tänkt att tillämpas på. En samlad bedömning i målet leder därför till att det får anses uppenbart att samlagen mellan [pojken] och [flickan] inte har inneburit ett övergrepp mot henne.”¹³²

Såsom det uttrycks i propositionen är en kärleksrelation mellan parterna snarast en förutsättning för att ansvarsfrihetsbestämmelsen överhuvudtaget *ska kunna* tillämpas, men i tillämpningen ses kärleksrelationen snarare som en faktor som innebär att ansvarsfrihetsregeln *ska* tillämpas, oavsett vilken barnets inställning till den sexuella handlingen var. En flicka förväntas dessutom ha tillräckligt hög förståelse för sin egen sexualitet och sexuella integritet för att omedelbart kan uppfatta och identifiera ett övergrepp, och därefter reagera och agera på det sätt som hovrätten anser vara rationellt.

I diskursen om flickans rationella handlande och samtyckandet till sexuellt umgänge i en frivillig kärleksrelation tillskriver domstolarna barnet en mognadsgrad som är såpass hög att barnet klarar av att omedelbart uppfatta ett övergrepp, att handla ”rationellt” i samband med ett sådant övergrepp och att omedelbart ta avstånd från den som är förövaren. Domstolarna förutsätter dessutom att barnets sexuella utveckling är på samma nivå som barnets emotionella utveckling, och att ett barn som är tillräckligt utvecklat för att frivilligt delta i en

¹³¹ HovR B 2027-16 (ur tingsrättens domskäl, B 1788-15)

¹³² HovR B 1370-18

kärleksrelation, också har en tillräckligt utvecklad sexualitet för att frivilligt delta i sexuella handlingar. Samtidigt gör domstolarna flickans sexualitet och sexuella integritet beroende av inte bara flickans uttryck av motvilja utan också av flickans deltagande i en kärleksrelation. Om flickan frivilligt deltar i en kärleksrelation suddas henens sexuella integritet gentemot pojken ut – den sexuella handlingen anses inte ha inneburit ett övergrepp mot flickan *eftersom* flickan och pojken hade en relation.

5.5. Diskursen om förövarens tolkningsföretäde

I flera av de mål som jag har studerat förekommer en ”ord mot ord”-situation, där flickan hävdar att hon blev övertalad eller tvingad till samlag, men där den tilltalade hävdar att samlaget var helt och hållet frivilligt. I dessa fall väljer domstolarna, utan någon egentlig förklaring till beslutet, att lägga den tilltalades berättelse till grund för tillämpligheten av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Det innebär att hovrätten bedömer det som ”uppenbart att samlaget inte har inneburit något övergrepp mot barnet”, trots att barnet själv uppger att samlaget var ofrivilligt.

I ett mål från 2018 stod en 15-årig pojke åtalad för att ha genomfört samlag med två olika flickor som båda vid tidpunkterna för samlagen var 14 år gamla. Den ena flickan lämnar i tingsrätten följande beskrivning av händelsen:

”[Pojken] började ta på henne. Hon tror att hon sa nej. Han började ta av hennes kläder. Hon försökte dock förhindra det. Hon fick intrycket av att [pojken] skulle bli arg om de inte hade sex. [Pojken] tog av sina kläder. Han lade sig över henne. De hade sex, vaginalt. Under samlaget försökte hon kväva sina tårar med en kudde. Det kändes obehagligt och det var inget hon ville. Det gjorde ont. Efteråt gick hon upp och på toaletten. Hon kände sig äcklad.”¹³³

Flickans beskrivning av händelsen och av pojkens sätt att vara får stöd av flickans kompis (Vittne A), flickans skolsköterska (Vittne B) och av flickans mamma (Vittne C):

”[Vittne A] har träffat [pojken] några gånger. (...) Vid tillfället var [pojken] brysk mot [flickan] och han tog henne på bröstet och på rumpan.”¹³⁴

¹³³ HovR B 1370-18 (ur tingsrättens domskäl, B 117-18, åtalspunkten 1)

¹³⁴ HovR B 1370-18 (ur tingsrättens domskäl, B 117-18, åtalspunkten 1)

”[Vittne B] är skolsköterska. I sitt arbete träffar hon [flickan]. [Flickan] berättade om att hon hade träffat en kille. Denne kunde bli otrevlig om [flickan] inte ville ha sex med honom.”¹³⁵

”I början av förhållandet med [pojken] föreföll förhållandet bra. [Flickan] tydde sig dock allt mer till [Vittne C]. [Flickan] berättade till sist att denna kände sig otrygg när denna hade sex med [pojken]. (...) [Flickan] uppgav att hon kände sig otrygg när hon var själv med [pojken] eftersom han då ville ha sex med henne trots att denna inte ville det. [Pojken] tjatade sig till samlag.”¹³⁶

Trots dessa omständigheter frias den tilltalade, eftersom hovrätten anser att flickan saknar stödbewisning och att pojken på grund av det inte kan fällas:

”Av journalen framgår vidare, att efter det att [Vittne C] pratat med [pojken]s mamma var [Vittne C] och [flickan] nöjda och det framgår också att [flickan] ville fortsätta relationen med [pojken]. Mot bakgrund av detta saknas klart stöd för att [pojken] skulle ha uppträtt bryskt eller på annat sätt utövat någon otillbörlig påverkan mot [flickan]. Detsamma gäller [flickans] påstående om att [pojken], mot hennes vilja, tagit av hennes kläderna och därefter genomfört ett påtvingat samlag. Det finns därmed ingen bevisning som ger stöd för att [flickan] inte gett sitt samtycke till samlagen eller att ett sådant samtycke lämnats efter någon form av otillbörlig påverkan. (...) När det gäller övriga förhållanden såsom parternas ålder, ålderskillnaden, relationen och omständigheterna i övrigt har dessa varit sådana som bestämmelsen är tänkt att tillämpas på. En samlad bedömning i målet leder därför till att det får anses uppenbart att samlagen mellan [pojken] och [flickan] inte har inneburit ett övergrepp mot henne.”¹³⁷

Den andra flickan i samma mål beskriver även hon att den tilltalade tog på henne trots att hon inte ville, och att han ibland genomförde samlag med henne som hon inte samtyckte till:

”[Pojken] övertalade henne att ha sex och bestämde hur sexhandlingen skulle gå till. Hon sade ofta nej. Hon menade vad hon sade. Det nöjde han sig alltså inte med utan han kunde ändå ta av henne kläderna. Han kunde också greppa henne på ett sätt som gjorde särskilt ont.”¹³⁸

Även här anser hovrätten att flickan behöver stödbewisning för det faktum att hon inte samtyckte till de sexuella handlingarna, och eftersom hon inte kan lägga fram sådan bevisning resonerar hovrätten på följande sätt:

¹³⁵ HovR B 1370-18 (ur tingsrättens domskäl, B 117-18, åtalpunkten 1)

¹³⁶ HovR B 1370-18 (ur tingsrättens domskäl, B 117-18, åtalpunkten 1),

¹³⁷ HovR B 1370-18 (åtalpunkten 1)

¹³⁸ HovR B 1370-18 (ur tingsrättens domskäl, B 112-18, åtalpunkten 2)

”Det saknas alltså stöd för påståendet att [pojken] varit aggressiv i samband med samlagen eller att han tvingat [flickan] till samlag. Det finns därför inget som talar för att [flickan] inte gett sitt samtycke till samlagen eller att sådant samtycke lämnats efter någon form av otillbörlig påverkan. (...) När det gäller övriga förhållanden såsom parternas ålder, ålderskillnaden, relationen och omständigheterna i övrigt har dessa varit sådana som bestämmelsen är tänkt att tillämpas på. En samlad bedömning i målet leder därför till att det får anses uppenbart att samlagen mellan [pojken] och [flickan] inte har inneburit ett övergrepp mot henne.”¹³⁹

Samma (icke)värdering av flickans upplevelse återkommer i flera avgöranden, och uttrycks med liknande formuleringar:

”De anförda medför att de uppgifter [flickan] lämnat inte kan anses vara av sådan beskaffenhet att de, framför [pojken] uppgifter, kan läggas till grund för bedömning. (...) Tingsrätten anser därför inte att det är bevisat att det har utövats någon påtryckning från [pojken] sida eller att samlagen genomfördes mot hennes vilja. (..) Med hänsyn till [pojken] uppgifter och till denna ringa skillnad i ålder och utveckling mellan [pojken] och målsägaren samt med beaktande av att det varit en ömsesidig relation är det uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹⁴⁰

”Det anförda innebär att [flickans] vid videoförhör under förundersökningen lämnade uppgifter inte kan anses vara av sådan beskaffenhet att de kan läggas till grund för bedömning framför [pojken] uppgifter (...). Tingsrätten har således att i allt väsentligt utgå från [pojken] version av händelsen i morbroderns lägenhet. Med hänsyn härtill och till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan [pojken] och [flickan] är det uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹⁴¹

”Det nu anförda gör att [flickans] uppgifter om att samlaget fortsatt efter att hon visat att hon ville avsluta det måste behandlas med sådan försiktighet att de inte kan ligga till grund för bedömning av gärningen. Till skillnad från tingsrätten finner hovrätten därför att det inte är visat annat än att hela samlaget varit frivilligt från flickans sida”. (...) Mot den nu angivna bakgrunden leder en samlad bedömning av omständigheterna i målet fram till att det får anses uppenbart att samlaget inte inneburit något övergrepp för [flickan].”¹⁴²

Redan i en dom från Högsta domstolen, NJA 2007 s. 201, som meddelades kort efter det att ansvarsfrihetsbestämmelsen trätt i kraft, tas för givet att det är den tilltalades berättelse som ska ligga till grund för domstolens bedömning. I detta mål (härefter omnämnt Rydmålet) uppger flickan, som vid tillfället för gärningen var 14 år gammal, att hon vaknade av att den tilltalade, som vid tillfället var 17 år gammal, genomförde ett samlag med henne när hon sov:

¹³⁹ HovR B 1370-18 (åtalpunkten 2)

¹⁴⁰ HovR B 2027-16 (ur tingsrättens domskäl, B 1788-15)

¹⁴¹ HovR B 4934-15 (ur tingsrättens domskäl, B 1169-15)

¹⁴² HovR B 4578-14

”Hon vaknade av att [pojken] låg ovanpå henne och var inne i henne. Hon förstod inget och bad honom sluta och gå väck. Hon hade inte några kläder på sig när hon vaknade. (...) Det har varit en jobbig händelse. Först fattade hon inte något men sedan undvek hon [pojken]. Hon vågade knappt gå till skolan och grät varje dag. Hon är fortfarande rädd för att se [pojken]. (...) Tidigare var hon glad och utåtriktad men nu sitter hon mest inne. Hon går på samtal på BUP, vilket hjälper henne.”¹⁴³

Högsta domstolen friar den tilltalade med stöd av ansvarsfrihetsbestämmelsen, och baserar domen enbart på den tilltalades berättelse. Högsta domstolen lämnar dock inte någon förklaring till att det är den tilltalades berättelse som helt och hållet läggs till grund för bedömningen, utan konstaterar bara följande:

”Liksom domstolarna grundar HD sin bedömning av ansvarsfrågan på [pojken] uppgifter. (...) Ingen form av påtryckning eller otillbörlig påverkan förekom, utan den sexuella handlingen var ömsesidig och helt frivillig från bådas sida.”¹⁴⁴

Tingsrättens motivering, som Högsta domstolen utgår från, lyder på följande sätt:

”Ingen av dem kan bedömas som mer trovärdig än den andre. Det saknas helt övrig utredning i målet som stöder den berättelse som [flickan] lämnat. Det är därför [pojken] uppgifter som skall läggas till grund för bedömningen av åtalet. Av hans uppgifter framgår inte annat än att han haft samlag med 14-åriga [flickan] och att det funnits samförstånd mellan parterna om detta.”¹⁴⁵

Trots att det, enligt brottsbalken 6 kap 4 och 5 §§, är förbjudet att genomföra en sexuell handling med ett barn under 15 år, räcker det att den tilltalade uppger att målsägaren deltog frivilligt, för att gärningen ska *anses vara ”ömsesidig och frivillig”*. Det är således förövaren, och inte brottsoffret, barnet, som ges mandatet att avgöra om barnet har lämnat samtycke eller inte, trots att ett barn under 15 år enligt propositionen som utgångspunkt överhuvudtaget inte kan lämna ett giltigt samtycke. Domstolarna formulerar i flera fall sina slutsatser, det vill säga att det är uppenbart att den sexuella handlingen inte innebar ett övergrepp mot barnet, med avsaknad av objekt:

”En samlad bedömning i målet leder därför till att det får anses uppenbart att samlagen mellan [pojken] och [flickan] inte har inneburit något övergrepp mot henne.”¹⁴⁶

¹⁴³ NJA 2007 s. 201 (ur tingsrättens domskäl, se NJA-referat)

¹⁴⁴ NJA 2007 s. 201

¹⁴⁵ NJA 2007 s. 201 (ur tingsrättens domskäl, se NJA-referat)

¹⁴⁶ HovR B 1370-18

Mot den nu angivna bakgrunden leder en samlad bedömning av omständigheterna i målet fram till att det får anses uppenbart att samlaget inte inneburit något övergrepp för [flickan].”¹⁴⁷

Med formuleringen ”(...) får anses uppenbart (...)” döljer man det faktum att det är *domstolen* som anser att det är uppenbart att gärningen inte innebar något övergrepp mot barnet, och framställer det istället som ett faktum som är naturligt och självklart, och som ”vem som helst” skulle komma fram till. I dessa slutsatser skriver hovrätten också att det är *en samlad bedömning* som leder fram till slutsatsen att det är uppenbart att samlaget inte innebar något övergrepp mot barnet. En ”samlad bedömning” innefattar rimligtvis en bedömning av både pojkens och flickans uppgifter, och om flickans uppgifter skulle vara en del av denna bedömning torde det inte vara helt *uppenbart* att gärningen inte inneburit ett övergrepp mot henne. Den *samlade bedömning* som domstolarna har gjort är de facto en bedömning enbart av pojkens uppgifter, men framställs som om domstolarna har inkluderat samtliga av de omständigheter som framkommit i sin bedömning.

I flera fall förekommer formuleringar med objektiv modalitet:

”Ingen form av påtryckning eller otillbörlig påverkan förekom, utan den sexuella handlingen var ömsesidig och helt frivillig från bådas sida.”¹⁴⁸

Med hänsyn härtill och till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan [pojken] och [flickan] är det uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹⁴⁹

Med hänsyn till [pojken] uppgifter och till denna ringa skillnad i ålder och utveckling mellan [pojken] och målsägaren samt med beaktande av att det varit en ömsesidig relation är det uppenbart [min kursivering] att gärningen inte inneburit något övergrepp mot [flickan].”¹⁵⁰

Även denna typ av formulering döljer det faktum att det är *domstolen* som *anser* någonting. Istället formulerar domstolarna sina ståndpunkter på ett sätt som inte går att ifrågasätta, som om det vore självklart och givet att det är uppenbart att gärningen inte innebar något övergrepp mot barnet. Utöver att bedömningen av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet

¹⁴⁷ HovR B 4578-14

¹⁴⁸ NJA 2007 s. 201

¹⁴⁹ HovR B 4934-15 (ur tingsrättens domskäl, B 1169-15)

¹⁵⁰ HovR B 2027-16 (ur tingsrättens domskäl, B 1788-15)

framställs med avsaknad av objekt eller med objektiv modalitet, så gör även beslutet att grunda bedömningen på pojkens berättelse det:

”Tingsrätten har således att i allt väsentligt utgå från [pojken] version av händelsen i morbroderns lägenhet.”¹⁵¹

”Det är därför [pojken] uppgifter som skall läggas till grund för bedömningen av åtalet.”¹⁵²

I domstolarnas formuleringar framstår det som att det *måste* vara pojkens uppgifter som ligger till grund för bedömningen, så länge inte barnet fullt ut kan *bevisa* att den sexuella handlingen var ofrivillig. Det innebär att det är *den tilltalade som avgör* om den sexuella handlingen innebar ett övergrepp mot barnet eller inte, och att barnets egen upplevelse såväl som vårdnadshavarens beskrivning av hur barnet beskrivit och påverkats av händelsen lämnas helt utan betydelse för bedömningen av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet.

5.6. Sammanfattning av analysen på textens nivå

I min analys av de olika hovrättsfallen jag har identifierat fem olika, huvudsakliga diskurser. Den *första* diskursen handlar om 13-årsdagen som avgörande för barnets sexuella mognad. I denna diskurs görs barnets mognad beroende av barnets fysiska ålder, och 13-årsdagen betraktas som gränsen för att kunna samtycka till sexuella handlingar. Barnet förväntas kunna avgöra gränserna för sin sexuella integritet och identifiera ett övergrepp, men samtidigt tas barnets egen känsla av bristande mognad och utveckling inte i beaktande i domstolarnas bedömningar av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet.

Den *andra* diskursen handlar om pojkens avsaknad av sårbarhet. I denna diskurs konstrueras pojken som naturligt sexuellt driven redan vid 13 års ålder. Det faktum att han konsumerar alkohol, är sexuellt erfaren sedan tidigare och tar initiativ till sexuella handlingar med en sex år äldre kvinna betraktas som tecken på en hög mognadsgrad, istället för som indikationer på att pojken mår dåligt eller befinner sig i en problematisk livssituation.

Den *tredje* diskursen handlar om flickans ansvar att uttrycka motvilja. I denna diskurs är det flickans aktiva uttryck av motvilja som avgör om den sexuella handling innebar ett övergrepp mot henne eller inte. Flickans inre känslor och upplevelser görs obetydliga, osynliggörs i

¹⁵¹ HovR B 4934-15 (ur tingsrättens domskäl, B 1169-15)

¹⁵² NJA 2007 s. 201 (ur tingsrättens domskäl, se NJA-referat)

domstolarnas bedömningar. Samtidigt som flickan förväntas uttrycka sin motvilja på ett sätt som gör att pojken uppfattar den, så åläggs pojken inget ansvar att försäkra sig om att flickan (som är ett barn) verkligen vill genomföra den sexuella handlingen. Flickans sexualitet konstrueras därmed som passiv och tillgänglig för pojken, och hennes sexuella integritet görs beroende av hennes uttryck av motvilja.

I den *fjärde* diskursen förutsätts en flickas frivilliga deltagande i en kärleksrelation innebära att flickan också frivilligt deltar i sexuellt umgänge. Att flickan inte omedelbart bryter kontakten och relationen med förövaren tolkas som ett tecken, eller ett bevis, på att hon inte upplevde den sexuella handlingen som ett övergrepp.

I den *femte* diskursen tas för givet att det är förövaren som ska ges rätten att tolka situationen, och därmed avgöra om gärningen innebar ett övergrepp mot barnet eller inte. I denna diskurs är barnets berättelse och upplevelse betydelselös, och bedömningen är enbart beroende av förövarens ord.

6. BETYDELSEN AV DEN DÖMANDE VERKSAMHETENS DISKURSORDNING

I föregående kapitel identifierades fem olika diskurser, som samtliga innefattar konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet – diskursen om 13-årsdagen som avgörande för barnets sexuella mognad, diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet, diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja, diskursen om samtycket i en kärleksrelation och flickans rationella reaktion samt diskursen om förövarens tolkningsföreträde. I detta kapitel analyserar jag de diskurser som jag identifierade i föregående kapitel på *den diskursiva praktikens nivå*, det vill säga relation till den dömande verksamhetens diskursordning. Jag jämför också de diskurser jag har identifierat med diskurser som har identifierats inom rätten i tidigare forskning, för att se om dessa diskurser kan betraktas utgöra en del av den dömande verksamhetens diskursordning.

6.1. Antaganden om barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet saknar stöd i psykologisk forskning

I de diskurser som jag har identifierat i min studie gör domstolarna ett antal *antaganden* om hur barn utvecklas och betar sig, det vill säga påståenden som domstolarna tar för givna och betraktar som etablerade trots att det saknas en vetenskaplig källa bakom påståendet.

Domstolarna *antar* att ett barn som har fyllt 13 år har uppnått en tillräckligt hög mognadsgrad för att samtycka till sexuella handlingar. De *antar* också att ett barn som har fyllt 13 år ska ha förmåga att omedelbart identifiera var gränserna för den sexuella integriteten går, och därefter tydligt uttrycka sin motvilja i de fall den sexuella handlingen känns obehaglig.

Psykologiska studier som har gjorts på barn med en tidig sexuell debut visar att barn som debuterar sexuellt före 15 års ålder, men särskilt före 14 års ålder, uppvisar psykisk ohälsa, antisocialt beteende och drog- och alkoholanvändning i större utsträckning än andra barn. I samtliga av de tre studierna dras slutsatsen att en mycket tidig sexuell debut är ett tecken på att barnet *mår dåligt* och är *särskilt sårbart*. I psykologisk forskning betraktas en tidig sexuell debut som en indikation på att barnet befinner sig i en problematisk livssituation och är i behov av hjälp och stöd.¹⁵³ Denna syn på barn i 13- och 14-årsåldern återspeglas i ansvarsfrihetsbestämmelsens förarbeten, där stor vikt läggs vid barnets frivillighet och

¹⁵³ Magnusson (2001) s. 34, Makenzius (2012) s. 22-25, Kastbom (2015) s. 12-14

välmående, men tycks inte återspeglas i rättstillämpningen i de fall som min studie omfattar. I domstolarnas bedömningar nämns överhuvudtaget inte det faktum att en tidig sexuell debut kan vara en indikation på en problematisk livssituation och ett behov av stöd från samhället. Mot bakgrund av den kunskap som finns om sambandet mellan en tidig sexuell debut och psykisk ohälsa, ter sig domstolarnas förväntningar på ett barns agerande orimligt höga. Domstolarnas förväntningar baseras på en föreställning om barnet som tryggt, självmedvetet och långt fram i sin utveckling, snarare än på en föreställning om barnet som sårbart, i en problematisk livssituation, i behov av stöd.

Domstolarnas antaganden om hur ett barn utvecklas och beter sig, och de förväntningar som domstolarna har på barnets agerande i samband med ett övergrepp, baseras inte på någon utomjuridisk kunskap. Ändå tas dessa antaganden förgivna och betraktas som naturliga och etablerade av såväl Högsta domstolen som av underrättsinstanserna. Dessa antaganden analyseras fortsättningsvis utifrån rättskällehierarkin som intertextualisering och i förhållande diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet som tidigare forskning har identifierat inom de allmänna domstolarna och inom de allmänna förvaltningsdomstolarna.

6.2. Betydelsen av rättskällehierarkin som intertextualisering

I en kritisk diskursanalys kan rättskällehierarkin betraktas som en typ av intertextualisering, det vill säga ett system där en diskursiv händelse bygger på en annan diskursiv händelse. I detta fall sker intertextualiseringen genom att rättsfall bygger på tidigare rättsfall. Ibland sker en så kallad manifest intertextualisering, till exempel när domstolen hänvisar till ett särskilt fall från Högsta domstolen. En diskurs kan både stabiliseras och förändras när den återupprepas, tolkas och förmedlas av olika aktörer genom intertextualisering.

6.2.1. Diskursen om 13-års dagen som avgörande för sexuell mognad ålder förstärks i rättspraxis

I Uddevallamålet (NJA 2006 s. 79 I) gör Högsta domstolen ett *antagande* om barnets sexuella mognad vid 13 års ålder, som inte följs av någon hänvisning till psykologisk eller medicinsk vetenskap. Detta antagande reproduceras därefter i de hovrättsdomar som direkt eller indirekt hänvisar till Högsta domstolens avgörande eller till andra hovrättsavgöranden. Diskursen stabiliseras genom att den upprepas gång på gång. Den förändras dock samtidigt genom att hovrätten utvidgar antagandet om barnets mognad till att omfatta även

bedömningen av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet, jämfört med Högsta domstolens resonemang i Uddevallamålet som enbart gällde gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Rekvisiten i bestämmelsen sexuellt utnyttjande av barn skiljer sig väsentligt från rekvisiten i bestämmelsen om ansvarsfrihet, och således ska barnets samtycke bedömas i två helt olika kontexter. I den gränsdragningsproblematik som Uddevallamålet ger vid handen syftar beaktandet av barnets samtycke till att bedöma om gärningen är att anse som mindre grov (”mindre allvarlig” enligt lydelsen av brottsbalken 6 kap 5 § före 1 juli 2018). I den gränsdragningsproblematik som rör ansvarsfrihetsbestämmelsen syftar beaktandet av barnets samtycke istället till att avgöra om det är *uppenbart* att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot barnet. Trots det görs ingen särskild bedömning av barnets samtycke vad gäller möjligheten att tillämpa ansvarsfrihetsbestämmelsen. Barnets samtycke bedöms endast i ett led – i syfte att avgöra om handlingen, om den är brottslig, är att betrakta som sexuellt utnyttjande av barn (vilket är en förutsättning för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska vara tillämplig). I nästa led – i bedömningen huruvida det är uppenbart att samlaget inte inneburit något övergrepp mot barnet – görs ingen ny bedömning av betydelsen av barnets samtycke. Att samtycket gör att gärningen ska bedömas som mindre grov, anses således också innebära att samtycket gör att det är *uppenbart* att gärningen inte innebar ett övergrepp mot barnet.

Diskursen förändras därutöver genom att hovrätten beaktar barnets samtycke från det att barnet fyller 13 år, till skillnad från den ålder på 13 år och 10 månader som prövades av Högsta domstolen. I de flesta fall framgår inte denna förskjutning nedåt i ålder explicit i domskälen, men i ett fall blir förändringen tydlig:

”Enligt hovrättens bedömning utgår enbart målsägarens ålder, som är *några månader lägre* [min kursivering] än målsägarens i ovan nämnt rättsfall från 2006, inget hinder mot att i bedömningen inväga hennes inställning (...).”¹⁵⁴

Summan härav är att Högsta domstolen, utan att ta hjälp av utomjuridisk kunskap och utan att föra något resonemang kring sanningsenligheten i sina påståenden, har *antagit* att ett barns samtycke kan beaktas för att bedöma om gärningen har varit ”mindre allvarlig” då barnet är 13 år och 10 månader gammalt. Hovrätten har därefter applicerat samma tankesätt vid bedömningen huruvida det är uppenbart att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot

¹⁵⁴ HovR B 826- 09

barnet. Tankesättet har dessutom applicerats på barn som är 10 månader yngre i det fall som prövades i Uddevallamålet, och har således förskjutit gränsen för beaktande av barnets samtycket nästan ett år ner.

6.2.2. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja förstärks i rättspraxis

Även vad gäller diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja förekommer hänvisningar till tidigare rättspraxis, och i ett av rättsfallen görs en hänvisning till Västeråsmålet (NJA 2015 s. 948). Också i detta fall sker både en stabilisering och en förändring av diskursen i rättspraxis. Diskursen stabiliseras genom att den återupprepas, men förändras genom att den återfinns inte bara i bedömningar rörande gränsdragningar mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn, utan också ligger till grund för bedömningar rörande tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Pojkens uppfattning av flickans inställning omnämns i samband med att domstolen konstaterar att handlingen, i det fall den är brottslig, ska rubriceras som sexuellt utnyttjande av barn. I samband med bedömningen av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet görs dock ingen ny bedömning av betydelsen av pojkens uppfattning av situationen. Inte heller bedöms betydelsen av flickans motvilja till handlingen. Resultatet härav är att flickans viljeuttryck blir avgörande inte bara för gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande mot barn, utan också för bedömningen av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet. Därmed utvidgas diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja till att vara avgörande för huruvida det är uppenbart om gärningen inte innebar ett övergrepp mot henne eller inte. Att pojken uppfattade hennes deltagande som frivilligt blir detsamma som att den sexuella handlingen inte innebar något övergrepp mot henne, och det är hon som är ansvarig för att tydligt uttrycka sin motvilja. Flickans passivitet likställs med ett samtycke, och om flickan är passiv under genomförandet av den sexuella handlingen anses det vara uppenbart att den inte har inneburit ett övergrepp mot henne.

6.2.3. Diskursen om förövarens tolkningsföreträde bygger på principen om åklagarens bevisbörda

I de rättsfall som har varit föremål för analys förekommer aldrig någon motivering av domstolarnas beslut att lägga den tilltalades berättelse till grund för bedömningen. Sett i relation till den dömande verksamhetens diskursordning, där principen om åklagarens bevisbörda är mycket stark och betydelsefull, kan domstolarnas bedömningar förklaras med

att det tas för givet att åklagarens bevisbörda omfattar även en invändning om ansvarsfrihet enligt brottsbalken 6 kap 14 §.

I förarbetena till ansvarsfrihetsbestämmelsen, som presenterades i kapitel 4, är det värnandet om barnets trygghet och integritet som är centralt. Barnets *samtycke* framställs som den avgörande faktorn i tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen, och bestämmelsen syftar till att undvika de negativa konsekvenser som en fällande dom skulle kunna innebära för den tilltalade men också för *barnet*. Den diskurs om barnet som skyddsobjekt och som central aktör vid tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen som går att urskilja i förarbetena, går dock inte att urskilja i de domskäl som jag har analyserat. I domskälen präglas tillämpningen av den traditionella synen på bevisbördans placering och principen *dubio pro reo*, och ger uttryck för en diskurs där det är värnandet om *förövarens* trygghet och integritet som är centralt, snarare än barnets.

I rättsfallen synliggörs inte det *val* som domstolarna gör mellan brottsoffrets och den tilltalades berättelser, och diskursen om värnandet om gärningspersonens trygghet och integritet döljs därmed i domskälen. Att gärningspersonens berättelse ska ligga till grund för bedömningen framställs som självklart, oundvikligt, och ifrågasätts eller diskuteras inte i något av de rättsfall som studien omfattar.

En ansvarsfrihetsbestämmelse såsom den är formulerad i brottsbalken 6 kap 14 § är ovanlig inom straffrätten, och innehåller dessutom ett uppenbarhetsrekvisit som skiljer den från till exempel bestämmelserna om nöd och nödvärn, som återfinns i brottsbalken 24 kap 1 och 4 §§. Om bevisbördans placering vid invändningar om ansvarsfrihet med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § likställs med bevisbördans placering vid invändningar om nöd och nödvärn, förväntas åklagaren i princip motbevisa att det är ”en *befogad invändning* att det är *uppenbart* att den sexuella handlingen inte innebar något övergrepp mot barnet” – en ekvation som är svår att få ihop. Denna problematik uppmärksammas inte i rättsfallen, utan domstolarna tar för givet att det är den tilltalades berättelse som ska ligga till grund för bedömningen. Uppenbarhetsrekvisitet tappar i och med det sin styrka, och barnets berättelse blir betydelselös när domstolen ska bedöma om gärningen kan ha inneburit ett övergrepp mot barnet eller inte. Diskursen om värnandet av gärningspersonens trygghet och integritet dominerar tillämpningen, och diskursen om värnandet av brottsoffrets trygghet och går knappt att urskilja. I denna diskurs är förövarens ord avgörande, och barnets upplevelse är

betydelselös. Det innebär att ansvarsfrihetsbestämmelsen inte tillämpas bara när det är uppenbart att barnet inte har blivit utsatt för ett övergrepp, så som propositionen ger uttryck för, utan istället frångår barnet det ”absoluta skydd” som gränsen för sexuellt självbestämmande ska garantera. Anmärkningsvärt är att lagtexten, som enligt den vedertagna rättskälleläran står högst upp i hierarkin, frångår när ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas trots att det egentligen *inte är uppenbart* att gärningen inte har inneburit något övergrepp mot barnet. I domstolarnas tillämpning, påverkad av den intertextualisering som har skett genom återuppreparande av diskursen och uttryckliga hänvisningar till tidigare avgöranden, tycks dock ordet ”uppenbart” givits en ny innebörd, där barnets berättelse inte är inkluderad som en del av bedömningen och där avgörandet faller på den tilltalades ord.

Att principen om åklagarens bevisbörda innebär att förövarens berättelse ska ligga till grund för ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet betraktades som självklart, naturligt, redan när Högsta domstolen prövade ansvarsfrihetsbestämmelsen i Rydmålet (NJA 2007 s. 201) strax efter det att bestämmelsen hade trätt i kraft. I målet baserar både tingsrätten och hovrätten sina bedömningar på den tilltalades berättelse, och Högsta domstolen konstaterar kort att de, liksom domstolarna, grundar sin bedömning i ansvarsfrågan på den tilltalades uppgifter. Rydmålet är av stor vikt för den fortsatta tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen, och i många av de rättsfall som jag har analyserat finns hänvisningar till lagens förarbeten tillsammans med Rydmålet i fråga om hur ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tolkas och tillämpas generellt sett.

Gång på gång tar domstolarna för givet att det är förövarens berättelse som ska ligga till grund för bestämmelsen. Gång på gång befästs således denna utgångspunkt, utan att ifrågasättas eller överhuvudtaget reflekteras över. När principen om åklagarens bevisbörda tas för given till den grad att den inte ens omnämns i domskälen, byggs den in som en objektiv del av bevisvärderingen. Domstolarnas val, att låta den tilltalade bestämma om gärningen innebar ett övergrepp mot barnet, osynliggörs, och barnet garanteras inte längre något absolut skydd.

6.3. Diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet – en del av den dömande verksamhetens diskursordning?

I detta kapitel återknyter jag till den tidigare forskning gjord av Andersson och Schlytter som presenterades i kapitel 3, och analyserar om och hur diskurser rörande vuxna kvinnors och

mäns sexualitet och sexuella integritet, pojkars handlingsutrymme och flickors ansvar för gränssättning återkommer vid tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen.

6.3.1. Diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet återfinns i LVU-mål

I kapitel 5.3 identifierade jag en diskurs om pojkens avsaknad av sårbarhet – pojken tillåts och förväntas vara sexuellt driven vid 13 års ålder, och att pojken konsumerar alkohol och har tidigare sexuella erfarenheter betraktas inte som riskindikationer utan som tecken på att pojken har uppnått en hög mognadsgrad.

Schlytter identifierar i sin studie "Kön och juridik i socialt arbete" (1999) en skillnad mellan hur pojkar och flickor behandlas i LVU-mål. Ett flertal flickor omhändertogs på grund av "ett sexuellt riskfyllt beteende", men ingen pojke omhändertogs av samma anledning. Pojkar tilläts dessutom i större utsträckning än flickor konsumera alkohol och droger. Schlytter menar att pojkars *handlingsutrymme* är större än flickors, både när det handlar om sexualitet, drog- och alkoholanvändning och uppvisande av ett besvärligt beteende. En flicka som överskrider gränser anses inte var kapabel att ta hand om sig själv, med en pojke som överskrider samma gränser anses vara det.¹⁵⁵

Såväl i Schlytters studie som i min studie går det att utläsa en diskurs om att pojken saknar sårbarhet, och förväntas klara sig på egen hand, utan stöd från samhället. Att synen på pojkar som osårbara återfinns i bedömningar av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet såväl som i bedömningar av tvångsomhändertagande enligt LVU visar att diskursen om pojkens sårbarhet finns inte bara på det straffrättsliga området, utan också inom diskursordningen i andra delar av rätten.

6.3.2. Diskursen om flickans ansvar att uttrycka vilja och diskursen om flickans rationella agerande och samtycket i en kärleksrelation återfinns i LVU-mål

I sin studie identifierar Schlytter inte bara att pojkar har större handlingsutrymme än flickor, utan också att flickor förväntas ta ansvar både för sitt eget och för andras (pojkars) handlande. Flickor som *blir sexuellt utnyttjade* omhändertas, men pojkar som *sexuellt utnyttjar* omhändertas inte. Flickor förväntas upprätthålla gränserna, medan pojkar tillåts överträda

¹⁵⁵ Schlytter (1999) s. 38-39

dem.¹⁵⁶ Denna diskurs om flickan som ansvarig att upprätthålla gränser speglar sig både i diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja och i diskursen om flickans rationella handlande och samtycket i en kärleksrelation. Flickan förväntas sätta tydliga gränser för den sexuella integriteten, tydligt visa att de inte vill delta i en sexuell handling och uttrycka det på ett sätt så att pojken förstår. Pojken förväntas däremot inte att ta ansvar för att försäkra sig om hur flickan känner inför den sexuella handlingen. Flickan förväntas därutöver ta ansvar för att reagera rationellt genom att avvisa förövaren och lämna en eventuell kärleksrelation med honom.

6.3.3. Diskurser om vuxna sexualbrottsoffer genomsyrar konstruktionen av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet

I förarbetena till bestämmelserna om sexualbrott mot barn produceras barnet som sårbart, omoget och i behov av starkt rättsligt skydd. I de rättsfall som jag har analyserat produceras en annan bild av barnet – så som sexuellt moget, ansvarigt för den egna sexuella integriteten och kapabelt att agera rationellt i samband med ett övergrepp.

De diskurser som Andersson har identifierat i sin avhandling ”Hans (ord) eller hennes?” (2004), vilken behandlar diskurser i domar rörande sexualbrott mot vuxna, går att urskilja även i domstolars tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Flickans sexualitet framställs, precis som den vuxna kvinnans, som passiv, och hennes kropp som tillgänglig för pojken tills dess att hon avböjer och sätter gränser.¹⁵⁷ Barnet förutsätts inte bara *kunna* samtycka till sexuella handlingar vid 13 års ålder, utan *förutsätts* också omedelbart avgöra var gränsen för den sexuella integriteten går och därefter uttrycka motvilja om gränsen för den sexuella integriteten är passerad. I den diskursiva praktik som domarna har producerats inom betraktas flickan, om hon har fyllt 13 år, snarats som en vuxen kvinna, och förväntas därmed känna igen och ta ansvar över sin sexuella integritet på det sätt som en vuxen kvinna förväntas göra. Om flickan inte med en gång avbryter samlaget och därefter bryter kontakten med pojken, så har hon inte nått upp till de krav som ställs på en sexualbrottsutsatt kvinna och anses därmed inte ha blivit utsatt för något övergrepp. Inte i något av de rättsfall som min studie omfattar ifrågasätts denna föreställning, varken som sådan eller i förhållande till hur ett barn som är under 15 år kan förväntas agera i jämförelse med en vuxen. Det görs således ingen skillnad på

¹⁵⁶ Schlytter (1999) s. 38-39

¹⁵⁷ Andersson (2004) s. 225, s. 236

vuxna kvinnor och unga flickor som ännu inte uppnått åldern för sexuellt självbestämmande, åtminstone inte om de har fyllt 13 år.

Även pojken förutsätts känna till gränsen för sin sexuella integritet, men hans sexualitet framställs inte som passiv och tillgänglig utan snarare som naturligt aktiv och driven redan när han är 13 år gammal. Att pojken som 13-åring har haft flera sexuella kontakter beskrivs inte som en indikation på en otrygg livssituation, utan som ett tecken på att pojken har kommit långt i sin mognad. Således framställs 13-åringen snarast som en vuxen man, vars sexualitet är (och ska vara) kraftfull och aktiv.¹⁵⁸ I RH 2013:12, där det ansågs vara uppenbart att pojken inte utsattes för något övergrepp trots att han var 13 år och den tilltalade sex år äldre, blir det tydligt att domstolen har svårt att föreställa sig pojken som ett sexualbrottsoffer. Att ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas trots att omständigheterna skiljer sig markant från de omständigheter som bestämmelsen syftar till att omfatta, kan förklaras med att situationen är sådan att den överhuvudtaget inte ”placerar sig” i domstolarnas föreställning om vad som är ett sexualbrott mot ett barn. Pojken definieras inte utifrån sina egenskaper som ett barn, utan utifrån sina egenskaper som en man.

6.3.4. Diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet som en del av den dömande verksamhetens diskursordning

Såväl diskurser om handlingsutrymme och ansvar för gränssättning i LVU-mål, som diskurser om vuxna sexualbrottsoffers sexualitet och sexuella integritet, återfinns i domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen. 13 år betraktas som *en vuxen*, snarare än ett barn, men definieras och behandlas också utifrån *sitt kön*. I domskälen finns en generell avsaknad av argumentation som rör *barnets* förmåga att reagera, känna och agera. Istället präglas domskälen av föreställningar om det manliga aktiva, drivande, och det kvinnliga passiva, tillgängliga, ansvarstagande. Föreställningen om det manliga och det kvinnliga i sexualbrottssammanhang tycks således utgöra en del av den dömande verksamhetens diskursordning, vilket också visar sig i hur sexualbrott exemplifieras med en manlig förövare och ett kvinnligt brottsoffer i såväl doktrin som förarbeten, och till och med i den tidigare lagtexten.

¹⁵⁸ Andersson (2004) s. 260

6.4. Den sexuella handlingen som straffvärd i den dömande verksamhetens diskursordning

Ovan har jag analyserat hur rättsfall bygger på andra rättsfall, och genom intertextualisering befäster de diskurser som jag har identifierat i de olika rättsfallen från hovrätten och Högsta domstolen. Jag har också analyserat hur diskurser som har identifierats i tidigare studier återfinns också i domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen. I rättsfallen konstrueras barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet på ett sätt som skiljer sig dels från den bild som framträder i psykologisk forskning, men också från den bild som konstrueras i ansvarsfrihetsbestämmelsens *förarbeten*.

En handling ska kriminaliseras endast om det finns ett ”särskilt skyddsvärt intresse” som väger upp för det lidande som den som straffas orsakas. Kriminaliseringen är beroende av samhällets syn på den aktuella handlingen, men det behöver inte råda koherens om att en handling är straffvärd för att den ska kriminaliseras.¹⁵⁹ I propositionen till sexualbrotten mot barn är ett barnets skyddsbehov som anses utgöra det primära skyddsintresset. Barnets skyddsintresse står i fokus även vid hanteringen av ansvarsfrihetsbestämmelsen i propositionen – kravet på uppenbarhet innebär att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas restriktivt, och endast i de fall barnet inte har farit illa av den sexuella handlingen.¹⁶⁰ I förarbetena anses alla barn under 15 år således ha ett sådant skyddsbehov att varje sexuell handling riktad mot ett barn är straffvärd. Vid domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen går det att utläsa en syn på sexuella handlingar med barn mellan 13 och 15 år som mindre, eller inte alls straffvärda i de fall förövaren inte är mer än några år äldre än barnet, om barnet inte kan bevisa att den tilltalade fortsatte genomföra den sexuella handlingen efter det att barnet uttryckt sin motvilja. En ansvarsfrihetsbestämmelse blir i en sådan diskurs inte en undantagsbestämmelse som används med stor restriktivitet, utan ett sätt att undvika att straffa en handling som av domstolarna anses vara mer eller mindre accepterad, snarare än icke-önskvärd, förkastlig. Denna diskurs hänger samman med diskurser där barnet betraktas och behandlas som ett vuxet sexualbrottsoffer, på så sätt att det inte är genomförandet av den sexuella handlingen som sådan som anses vara straffvärd, utan enbart genomförandet av en sexuella handlingen som fortgår efter det att barnet uttryckt en tydlig gräns som förövaren uppfattade.

¹⁵⁹ Jareborg m.fl. (2013) s. 30-35

¹⁶⁰ Prop. 2004/05:45 s. 152

I den dömande verksamhetens diskursordning, vilken innefattar diskurser i lagstiftningsprocesser, råder inte någon samstämmig bild av ett 13- eller 14-årigt barns mognad, sexualitet och sexuella integritet. Vilken diskurs som på det stora hela är den dominerande går inte att säga utan att analysera ett mycket stort antal rättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen är aktuell. Genom att konstruera barnets som icke-skyddsvärt och ansvarigt för den egna sexualiteten, sexuella integriteten och gränssättningen, bidrar dock domstolarna till en syn på den sexuella handlingar mot barn som acceptabla, icke-straffvärda.

6.5. Sammanfattning av analysen på den diskursiva praktikens nivå

I kapitel 6 har jag analyserat de olika diskurser som jag har identifierat i rättsfallen i förhållande till rättskälleläran som intertextualisering. Jag har noterat att diskursen om 13-årsdagen som avgörande för barnets sexuella mognad, diskursen om flickans viljeuttryck och diskursen om förövarens tolkningsföreträde går att utläsa i resonemang från både tingsrätter, hovrätter och Högsta domstolen, och att det i flera fall förekommer hänvisningar till annan hovrättspraxis eller till avgöranden från Högsta domstolen. Genom återupprepningar i rättspraxis stabiliseras diskurserna, men de utvidgas också till att omfatta bedömningar av ansvarsfrihetsbestämmelsen, trots att de i Högsta domstolens avgöranden endast uttrycks i förhållande till gränsdragningen mellan våldtäkt mot barn och sexuellt utnyttjande av barn. Diskursen om förövarens tolkningsföreträde bygger på principen om åklagarens bevisbörda, och även denna diskurs stabiliseras genom att det gång på gång tas för givet att den tilltalades berättelse ska ligga till grund för bedömningen, utan att lämpligheten i det ifrågasätts.

I kapitel 6 har jag också analyserat hur diskurser om mognad, sexualitet och sexuell integritet, som har identifierats i tidigare forskning, återfinns också i domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Barnet identifieras utifrån sitt kön snarare än utifrån sin ställning som barn, och föreställningar om vuxna kvinnor och män genomsyrar synen på flickor och pojkar. Föreställningar om det manliga och det kvinnliga, och konstruktioner av mognad, sexualitet och sexuell integritet som vilar på dessa föreställningar, går således att betrakta som en del av den dömande verksamhetens diskursordning,

I kapitel 6 har jag avslutningsvis analyserat de olika konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet utifrån synen på vad som betraktas som en straffvärd

handling i den dömande verksamhetens diskursordning. Att genomföra en sexuell handling med ett barn som fyllt 13 år men ännu inte 15 år betraktas som en straffvärd handling i ansvarsfrihetsbestämmelsens förarbeten, där barnet framställs som i behov av skydd. I domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen i de rättsfall som jag har analyserat, betraktas dock inte denna handling vara straffvärd i samma utsträckning. Inom den dömande verksamheten finns således olika diskurser om barnets skyddsbehov och den sexuella handlingen som straffvärd eller acceptabel. Genom att framställa barnet som icke-skyddsvärt och ansvarigt för den egna sexualiteten, sexuella integriteten och gränssättningen, bidrar domstolarna till en syn på de sexuella handlingarna som acceptabla, icke-straffvärda.

7. PRODUKTION OCH REPRODUKTION AV SAMHÄLLELIG OJÄMSTÄLLDHET

I kapitel 5 analyserades rättsfallen på textens nivå, och jag identifierade fem olika diskurser som samtliga uttrycker konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet – diskursen om 13-årsdagen som avgörande för sexuell mognad, diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet, diskursen om flickans ansvar att uttrycka motvilja, diskursen om barnets rationella reaktion och samtycket i ett relation samt diskursen om förövarens tolkningsföreträde. I kapitel 6 analyserades rättsfallen på den diskursiva praktikens nivå, genom en undersökning av hur konstruktionen av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet påverkas av den dömande verksamhetens diskursordning, och hur de samtidigt bidrar till att påverka densamma genom att stabilisera och förstärka diskurser.

I detta kapitel *förklarar* jag de diskurser som jag har identifierat utifrån *mönster och strukturer* i den större sociala praktiken. Samtidigt analyserar jag hur diskurserna påverkar den större sociala praktiken genom *förändring eller reproduktion* av redan befintliga mönster och strukturer. I denna studie betraktar jag *ojämställdheten* som del av den sociala praktiken, och fokuserar på hur de diskurser jag har identifierat, tillsammans med den diskursiva praktik de har producerats inom, påverkas av och påverkar ojämställdheten i samhället. Jag knyter i detta kapitel an till de teorier inom genusvetenskap och genusrättsvetenskap som jag presenterade i kapitel 2.

7.1. En produkt av samhällelig ojämställdhet

Psykologisk forskning visar att en tidig sexuell debut är en indikation på att barn far illa, och sexualbrotten mot barn utformades för att skydda barn under 15 år mot alla sexuella handlingar. Samtidigt döljer domskälen föreställningar om barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet, och att domstolarna ställer krav på barnet att agera på ett visst sätt före, under och efter ett sexuellt övergrepp. Pojkar och flickor framställs på olika sätt, och tillmäts egenskaper beroende av deras kön; en pojke förväntas agera ut sin sexualitet medan en flicka förväntas vara passiv. En flicka bedöms bara ha hyst motvilja till en sexuell handling om enbart om hon har uttryckt sin motvilja i ord eller handling. Hur föreställningar om kön och genus influerar tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen kan förklaras med hjälp av Laceys genusrättsvetenskapliga teori tillsammans med Hirdmans ”genussystem”.

Hirdman beskriver hur kvinnor och män genom tiderna har hållits isär, och hur kvinnan sedan länge har betraktats som en sämre variant av mannen. Mannen *gör* och kvinnan *görs* i skapandet av genus, vilket ger mannen en aktiv roll och kvinnan en passiv. Detta särskiljande pågår enligt Hirdman även i dagens samhälle, där mannen fortfarande är normbärande, den som kvinnan anpassas efter.¹⁶¹ Genom det så kallade ”genuskontraktet” regleras hur män och kvinnor ska vara mot varandra på såväl strukturell som individuell nivå.

Min utgångspunkt är, utifrån Lacey's beskrivning av genusrättsvetenskapen, att det rättsliga systemet inte är autonomt, och att det saknas tydliga gränser mellan det som är rätten och det som är utanför rätten. Föreställningar om män och kvinnor påverkar hela samhället, och därmed även rätten och kunskapen om rätten.

Kvinnor underordning i förhållande till mannen, som Hirdman beskriver, kan förklara varför domstolen i RH2013:12 inte kunde betrakta pojken som ett sexualbrottsoffer – mannen (och pojken) förväntas *vara aktiv, överordnad*, inte *passiv, underordnad*, och det går därmed inte att se honom som sexuellt utnyttjad om han frivilligt har deltagit i en sexuell handling, trots att han vid tillfället var ett barn medan den tilltalade var en vuxen. Ordningen kan samtidigt förklara varför flickors egna *upplevelser och känslor* i samband med en sexuell handling bortses från. Kvinnan (och flickan) förväntas gå med på mannens (och pojkens) önskemål, och är tillgänglig för mannen (och pojken) tills dess att hon sätter tydliga gränser. Precis som genussystemet influerar andra delar av samhället, så innebär det att ett barn sorteras utifrån sitt kön, *blir och behandlas* utifrån sitt kön, och därmed också ”smälter samman” med den vuxna kvinnan eller mannen.

Konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet som går att utläsa i de rättsfall som jag har analyserat, kan således förklaras som en produkt av den samhälleliga ojämställdheten. Föreställningar om kvinnor och män, flickor och pojkar, genomsyrar domstolarnas sätt att betrakta en sexuell handling riktad mot ett barn som är 13 eller 14 år gammalt, och därmed också domstolarnas sätt att tillämpa ansvarsfrihetsbestämmelsen.

¹⁶¹ Hirdman (2003) s. 65

7.2. Barnets ansvar att uttrycka motvilja kvarstår i en lagstiftning byggd på frivillighet

Den tydligaste rättsliga konsekvensen av användningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen i de aktuella rättsfallen är att gränsen för sexuellt självbestämmande, som enligt lagtexten är 15 år, i praktiken skjuts ner till 13 år. Ett barn som har fyllt 13 år behöver bevisa att den sexuella handlingen var ofrivillig, och att den ägde rum även efter ett tydligt uttryck för ofrivilligheten. Så länge skillnaden i ålder och utveckling är sådan att domstolarna anser den vara tillräckligt liten (vilket den har visat sig kunna vara även då åldersskillnaden är sex år), så måste barnet i princip bevisa att den sexuella handlingen ägde rum under någon form av tvång eller påtryckning, trots att utgångspunkten är att alla sexuella handlingar som genomförs med barn under 15 år är förbjudna.

Våldtäktsbestämmelsen är, efter införandet av den frivillighetsbaserade sexualbrottslagstiftningen, formulerad så att den som genomför ett samlag eller jämförbar sexuell handling med en person som *inte deltar frivilligt* ska dömas för våldtäkt. Vid bedömning av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska, enligt brottsbalken 6 kap 1 § särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. I 2018 års sexualbrottslagstiftning finns dessutom en oaktsamhetsregel i brottsbalken 6 kap 2 §, som innebär att även den som är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra inte deltar frivilligt kan dömas för brott. Sexualbrottslagstiftningen har således, vad gäller brott mot vuxna, skärpts på så vis att det fokus och krav på ansvar som tidigare har riktats mot brottsoffret istället riktas mot förövaren.

Ansvarsfrihetsbestämmelsen i brottsbalken 6 kap 14 § har dock inte setts över i samband med införandet av 2018 års sexualbrottslagstiftning. Om bestämmelsen fortsätter att tillämpas på ett sätt som ålägger barnet ansvar att uttrycka sin motvilja, så riskerar barnet att behöva leva upp till högre krav på agerande och bevisning i samband med ett sexualbrott än vad ett vuxet sexualbrottsoffer gör. Det som skulle vara ett absolut skydd mot alla sexuella handlingar riskerar i ett sådant läge att innebära den absoluta motsatsen för ett barn som utsätts för sexuella övergrepp vid 13 eller 14 års ålder.

7.3. Ett bidrag till reproduktion av samhällelig ojämställdhet

Samtidigt som den dömande verksamhetens diskursordning och domstolarnas tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen påverkas av samhällelig ojämställdhet, så bidrar domstolarnas konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet enligt Fairclough och Lacey till att reproducera eller förändra densamma. Befintliga diskurser kan belysas och ifrågasättas, eller bekräftas och döljas. Om de bekräftas och döljs, bidrar de till reproduktion av sociala normer och strukturer.¹⁶²

I de rättsfall som har granskats bekräftas diskurser om flickors sexualitet som passiv och tillgänglig och pojkens sexualitet som kraftfull och aktiv, som Andersson har identifierat i domstolarnas hantering av sexualbrott mot vuxna. I rättsfallen bekräftas dessutom diskurser om pojkars handlingsutrymme och flickors ansvar för upprätthållande av gränser, som Schlytter har identifierat på det socialrättsliga området. Dessa diskurser ifrågasätts aldrig, utan döljs bakom en slöja av rättsväsenets saklighet och objektivitet. Bekräftandet av befintliga diskurser bidrar till en reproduktion av den samhälleliga ojämställdheten på såväl individuell som strukturell nivå. Till en flicka som har blivit utsatt för ett sexuellt övergrepp signalerar domstolarna att det är hennes ansvar att uttrycka motvilja, att hon förväntas samtycka till sexuella handlingar om hon deltar i en kärleksrelation, och att det är förövaren som har rätten att avgöra om den sexuella handlingen innebar ett övergrepp mot henne eller inte. Det gör att flickan förlorar rätten till sin egen upplevelse av händelsen; hennes sexualitet och sexuella integritet är inte hennes egen, utan pojkens.

Till pojken som har blivit utsatt för sexuella övergrepp signalerar domstolarna, om de resonerar såsom hovrätten gjorde i det fall som studien omfattar, att pojken *ska vilja* delta i sexuella handlingar, att han ska vara sexuellt aktiv och driven redan vid 13 års ålder. Till pojken som istället har utsatt någon annan för ett övergrepp signalerar domstolarna att det är tillåtet, av rättsväsenet accepterat, att genomföra en sexuell handling med en underårig flicka om hon är passiv, varken uttrycker vilja eller motvilja. Pojken åläggs inget ansvar att själv försäkra sig om att flickan, som ännu inte har uppnått gränsen för sexuellt självbestämmande, verkligen känner trygghet och välmående i den sexuella handlingen.

¹⁶² Lacey (1998b) s. 61, Winther-Jørgensen och Phillips (2000) s. 90

Konstruktionerna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet bidrar också till en reproduktion av ojämställdhet på strukturell nivå. I den dömande verksamhetens diskursordning finns olika föreställningar om barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet. I ansvarsfrihetsbestämmelsens proposition är barnets skyddsbehov centralt, men i domstolarnas tillämpning anses barnet ha uppnått en tillräckligt hög mognadsgrad för att ansvara för den egna sexualiteten och sexuella integriteten. Eftersom förarbeten enligt den traditionella rättskällehierarkin inte är rättsligt bindande, är det rättspraxis som styr tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen och därmed i längden bidrar till produktion eller reproduktion av diskurser i en större utsträckning än vad lagstiftaren gör vid författandet av förarbeten till en bestämmelse.

Med en socialkonstruktivistisk ansats menar jag att domstolarna, genom konstruktionen av de olika skillnaderna i flickors och pojkars mognad, sexualitet och sexuella integritet i tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen inte bara reglerar objekt och subjekt utanför rätten, utan också bidrar till att socialt konstruera dem. Genom att bekräfta en föreställning om det kvinnliga passiva, tillgängliga, och det manliga aktiva, drivande, redan i förhållande till barn som är yngre än 15 år, bidrar domstolarna till en reproduktion av samhällelig ojämställdhet. Denna reproduktion av samhällelig ojämställdhet döljs bakom en slöja av rättsväsenets saklighet och objektivitet.

7.4. Sammanfattning av analysen på den sociala praktikens nivå

I kapitel 7 har jag förklarat domstolarnas konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet utifrån den samhälleliga ojämställdheten där mannen är överordnad kvinnan. Med hjälp av Laceys beskrivning av genusrättsvetenskapen tillsammans med Hirdmans ”genussystem” har jag konstaterat att traditionella föreställningar om det manliga aktiva, drivande och det kvinnliga passiva, tillgängliga, påverkar tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen. Samtidigt som domstolarna påverkas av den samhälleliga ojämställdheten, bidrar de också till att reproducera densamma genom att bekräfta befintliga föreställningar om det manliga och det kvinnliga och dölja dessa bakom rättsväsenets saklighet och objektivitet.

8. SAMMANFATTNING OCH SLUTSATS

Studiens syfte har varit att analysera hur barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet konstrueras i domstolarnas hantering av ansvarsfrihetsbestämmelsen i brottsbalken 6 kap 14 §, i de fall ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas i friande riktning trots att det har förekommit indikationer på att den aktuella gärningen innebar ett övergrepp mot barnet. Studien har vidare syftat till att analysera om dessa konstruktioner bidrar till att förändra eller upprätthålla samhällelig ojämställdhet. I detta avslutande kapitel svarar jag på de frågeställningar som presenterades i studiens början, genom att sammanfatta de resultat som jag har funnit i min studie.

8.1. Hur konstrueras barnets mognad i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet vid tidpunkten för gärningen var yngre än 14 år?

I analysen har jag identifierat en föreställning om att barnet har uppnått en tillräckligt hög mognad för att samtycka till sexuella handlingar vid 13 års ålder. I de fall en flicka själv uppger att hon anser sin mognadsgrad vara tillräcklig för att genomföra en sexuell handling, används hennes berättelse som ett argument för att ansvarsfrihetsbestämmelsen ska tillämpas. I de fall en flicka istället uppger att hon *inte* kände sig tillräckligt mogen att genomföra en sexuell handling vid tidpunkten för gärningen, bortses istället från flickans berättelse och ansvarsfrihetsbestämmelsen tillämpas ändå, endast mot bakgrund av att flickan har fyllt 13 år.

I min analys har jag kunnat se att det finns en viss skillnad mellan konstruktionen av barnets mognad i de fall som rör flickor, jämfört med det fall som rör en pojke. De rättsfall som behandlar flickor som målsägare, präglas framför allt av en *avsaknad* av bedömningar rörande den enskilda flickans mognadsgrad, och 13-årsdagen blir den enda och den avgörande faktorn. I det enda fall som rör en pojke, gör domstolen en mer ingående bedömning av den enskilde pojkens mognadsgrad. Pojken betraktas i detta fall ha uppnått en hög mognadsgrad bland annat på grund av att han är sexuellt erfaren sedan tidigare, att han tog initiativ till de sexuella handlingarna och att han hade konsumerat alkohol vid tidpunkten för gärningen. Pojken konstrueras därmed med avsaknad av sårbarhet, och som naturligt sexuellt driven, redan vid 13 års ålder.

Barnets mognad konstrueras således, både vad gäller flickor och pojkar, som tillräckligt hög för deltagande i sexuella handlingar redan när barnet är 13 år gammalt. Ett barn som har fyllt 13 år förutsätts *alltid* ha uppnått en tillräckligt hög mognadsgrad för att genomföra en sexuell handling. Barnet förväntas dessutom, vid 13 års ålder, har uppnått en tillräckligt hög mognadsgrad för att känna till gränserna för sin sexuella integritet, och för att uttrycka vilja eller motvilja till en sexuell handling.

I en jämförelse med psykologisk forskning på barn med en tidig sexuell debut blir det tydligt att diskurserna om barnet som sexuellt moget vid 13 års ålder stämmer dåligt överens med den bild som framträder i den psykologiska forskningen. Konstruktionen av barnets mognad bygger på *antaganden* som framställs som naturliga och etablerade trots att de saknar vetenskaplig förankring. Genom att betrakta rättskällehierarkin som en typ av *intertextualisering* har jag analyserat hur antagandet om barnet som sexuellt moget har etablerats i Uddevallamålet, och därefter återanvänts i hovrätterna och tingsrätterna. På så sätt har diskursen om 13-årsdagen som avgörande för sexuell mognad förstärkts och stabiliserats. Samtidigt har den utvidgats till att influera inte bara gränsdragningen mellan sexuellt utnyttjande av barn och våldtäkt mot barn, utan också tillämpningen av ansvarsfrihetsbestämmelsen.

Konstruktionen av pojken som sexuellt driven redan vid 13-års ålder återfinns i förvaltningsdomstolars tillämpning av LVU, där pojkars handlingsutrymme betraktas vara större än flickors. Också i LVU-mål tillåts pojken vara sexuellt utåtgående och konsumera alkohol utan det ses som en indikation på att pojken far illa, i jämförelse med flickor som agerar på samma sätt. I LVU-mål finns därutöver en förväntan på flickor att ansvara för den egna gränssättningen, vilket går i linje med den avsaknad av beaktande av flickans egen upplevelse av sin mognadsgrad och negativa påverkan av den sexuella handlingen. Diskursen om pojkens avsaknad av sårbarhet vid 13-års ålder, förväntningen på flickor att upprätthålla gränser, finns således inte bara inom den dömande verksamheten, utan också i andra delar av rätten. Dessa diskurser kan därmed betraktas som en del av den dömande verksamhetens diskursordning.

8.2. Hur konstrueras barnets sexualitet och sexuella integritet i hovrättsavgöranden där den tilltalade har friats med stöd av brottsbalken 6 kap 14 § trots att barnet uppgivit att den sexuella handlingen var ofrivillig?

I samtliga av de mål som har legat till grund för studien, där barnet uppgivit att den sexuella handlingen var ofrivillig, var målsägaren en flicka och den tilltalade en pojke.

I domstolarnas bedömning av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet, läggs i dessa fall fokus på om flickan har uttryckt *motvilja* genom ord eller fysiskt motstånd, och om pojken *uppfattade* flickans motvilja.

De emotionella aspekterna av ett sexuellt övergrepp – flickans känsla och upplevelse i samband med händelsen – omnämns i parternas redogörelser för händelseförloppet, men exkluderas i bedömningen huruvida det är uppenbart att gärningen inte inneburit ett övergrepp mot barnet eller inte. Genom att inkludera pojkens upplevelse och samtidigt exkludera flickans i denna bedömning, konstrueras flickans sexualitet som *passiv*. Det är *hans* upplevelser som är av väsentlighet, medan hennes är betydelselösa, även om hon ännu inte uppnått gränsen för sexuellt självbestämmande. Att flickan varken har uttryckt vilja eller motvilja anses vara tillräckligt för att pojken ska anses vara berättigad att genomföra en sexuell handling med hennes kropp. Flickans passivitet tolkas som att hon *tillät* pojken att genomföra en sexuell handling med henne, och då anser domstolarna också att det är uppenbart att gärningen inte innebar något övergrepp mot henne.

Samtidigt som flickans sexualitet konstrueras som passiv, så konstrueras hennes sexuella integritet som beroende av hennes *uttryck av motvilja*. Fram till dess att flickan tydligt avböjer, kan pojken inte ha passerat gränserna för hennes sexuella integritet. Flickans sexuella integritet görs därutöver beroende av huruvida den sexuella handlingen har ägt rum i en kärleksrelation. Flickan förväntas reagera rationellt i samband med ett sexuellt övergrepp genom att omedelbart avvisa förövaren och avbryta en eventuell kärleksrelation med densamme. Att hon inte har reagerat på ett sådant sätt, framställer domstolarna som en indikation eller ett bevis på att hon inte upplevde gärningen som ett övergrepp. Flickans sexuella integritet konstrueras således som svag, i förhållande till hennes partner. En flicka som deltar frivilligt i en kärleksrelation, förväntas också delta frivilligt i en sexuellt umgänge.

I den dömande verksamhetens diskursordning väger principen om åklagarens bevisbörda tungt. Vid tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen tas för givet, såväl i Högsta domstolen som i underrättsinstanserna, att det är förövarens version av händelsen som ska ligga till grund för domen. Detta ifrågasätts aldrig i förhållande till uppenbarhetsrekvisitet, eller i förhållande till betydelsen av de emotionella aspekterna av ett övergrepp. Diskursen om förövarens tolkningsföreträdelse förstärker synen på flickans sexualitet som passiv, och gör hennes sexuella integritet beroende av hur förövaren uppfattade och väljer att beskriva situationen i domstolen. Trots att barnet som utgångspunkt saknar förmåga att rättsligt samtycka till sexuella handlingar, är det förövaren som avgör om det är uppenbart att den sexuella handlingen inte innebar ett övergrepp mot barnet.

Diskurser om barnets sexualitet och sexuella integritet förstärks genom intertextualisering, och två olika avgöranden från Högsta domstolen – Rydmålet och Västeråsmålet – har fungerat vägledande för underrätterna. På så sätt har föreställningen om förövarens tolkningsföreträdelse och betydelsen av förövarens uppfattning av barnets viljeuttryck stabiliserats, förstärkts och utvidgats. Konstruktionen av flickans sexualitet som passiv, och konstruktionen av flickans sexualitet som beroende av hennes uttryck av motvilja, återfinns i domstolarnas hantering av sexualbrott mot vuxna. Diskursen av flickans ansvar att uttrycka motvilja återfinns dessutom även i förvaltningsdomstolarnas tillämpning av LVU, där flickors görs ansvariga både för den egna och pojkens gränssättning. Ansvaret som åläggs flickan att uttrycka motvilja är både en del av konstruktionen av flickans mognad, och en del i konstruktionen av hennes sexuella integritet. Diskursen om det kvinnliga könets passiva sexualitet, och ansvaret att uttrycka motvilja, går således att utläsa både vad gäller vuxna och barn, och både vad gäller dömande verksamhet och andra delar av rätten. Dessa diskurser kan därmed även betraktas som en del av den dömande verksamhetens diskursordning.

8.3. Bidrar domstolarnas konstruktioner av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet till en reproduktion av samhällelig ojämställdhet?

Framställningarna av barnets mognad, sexualitet och sexuella integritet som görs i domskälen saknar stöd i psykologisk forskning som har gjorts på barn med en tidig sexuell debut. Istället går det att, med hjälp av Hirdmans ”genussystem” tillsammans med Laceys beskrivning av genusrättsvetenskapen, urskilja hur traditionella föreställningar om det kvinnliga och det

manliga genomsyrar synen på flickor och pojkars mognad, sexualitet och sexuella integritet vid tillämpning av ansvarsfrihetsbestämmelsen.

Kvinnan har traditionellt sett en underordnad ställning i förhållande till mannen.

Genuskontraktet, så som Hirdman uttrycker det, finns mellan män och kvinnor på individuell såväl som strukturell nivå och styr hur män och kvinnor beter sig mot varandra. Mannen är överordnad, aktiv, driven, och kvinnan är underordnad, passiv, anpassar sig efter mannen. Föreställning om det manliga och det kvinnliga påverkar, såsom Lacey uttrycker det, både rätten och kunskapen om rätten. Detta samband kan förklara konstruktionen av pojkens sexualitet som aktiv och driven, redan när pojken är 13 år gammal, såväl som flickans sexualitet som passiv och tillgänglig. Det kan också förklara avsaknaden av emotionella aspekter i domskälen, vilken också Lacey har beskrivit i sin genusrättsvetenskapliga teori.

I min studie har jag noterat att de diskurser som går att utläsa i de aktuella rättsfallen, också har identifierats i dömande i mål rörande sexualbrott mot vuxna, och i dömande i förvaltningsrättsliga ärenden rörande tvångsomhändertaganden av barn. Föreställningen om män och kvinnor, pojkar och flickor, återfinns således i flera delar av rätten. Ett barn sorteras utifrån sitt kön, *blir och behandlas* utifrån sitt kön, och ”smälter” därmed samman med den vuxna kvinnan eller mannen.

Genom att konstruera barnets – flickans och pojkens – mognad, sexualitet och sexuella integritet på ett sätt som *bekräftat* den traditionella synen på det manliga och det kvinnliga, och maktordningen mellan könen, bidrar domstolarna till att upprätthålla sådana diskurser i rätten. Rätten är, som Lacey uttrycker det, inget autonomt system, och det finns inga tydliga gränser mellan det rättsliga och det icke-rättsliga. Genom att bekräfta diskurser som grundas i en ojämn fördelning av makt, och synen på kvinnan som underordnad mannen, och samtidigt dölja dessa bakom rättsväsenets saklighet och objektivitet, bidrar domstolarna till en reproduktion av ojämställdhet inte bara i rätten, utan i samhället i stort.

8.4. Slutsats

I hovrättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning trots att barnet vid tidpunkten för gärningen var yngre än 14 år konstrueras 13-årsdagen som avgörande för barnets sexuella mognad. Ett barn som har fyllt 13 år förväntas ha uppnått en tillräckligt hög

mognadsgrad för att delta i sexuella handlingar, avgöra gränserna för den sexuella integriteten, tydligt uttrycka sin motvilja samt reagera rationellt i samband med ett sexuellt övergrepp. En pojke som har fyllt 13-år konstrueras med avsaknad av sårbarhet. Att pojken är sexuellt erfaren, har konsumerat alkohol och tar initiativ till sexuella handlingar med en 6 år äldre kvinna tolkas som indikationer på en hög mognadsgrad.

I hovrättsfall där ansvarsfrihetsbestämmelsen har tillämpats i friande riktning trots att barnet har uppgivit att den sexuella handlingen var ofrivillig konstrueras flickans sexualitet som passiv. Hennes känslor och upplevelser är betydelselösa. Flickans sexuella integritet är beroende av hennes uttryck av motvilja. Att flickan varken har uttryckt vilja eller motvilja ger pojken rätten att genomföra en sexuell handling med hennes kropp. En flicka som deltar frivilligt i en kärleksrelation förväntas dessutom delta frivilligt i sexuellt umgänge.

I domstolarnas bedömning av ansvarsfrihetsbestämmelsens tillämplighet behöver det inte vara uppenbart att gärningen inte innebar ett övergrepp mot barnet, utan endast *uppenbart på hans villkor*. Eftersom ansvarsfrihetsbestämmelsen inte sågs över i samband med införandet av den frivillighetsbaserade sexualbrottslagstiftningen, riskerar barnet att behöva leva upp till högre krav på agerande och bevisning i samband med ett sexualbrott än vad ett vuxet sexualbrottsoffer gör. Det som skulle vara ett absolut skydd mot alla sexuella handlingar riskerar i ett sådant läge att innebära den absoluta motsatsen för ett barn som utsätts för sexuella övergrepp vid 13 eller 14 års ålder. Rätten samspelar med andra delar av samhället, och genom att bekräfta diskurser som grundas i en ojämn fördelning av makt, och samtidigt dölja dessa bakom rättsväsenets saklighet och objektivitet, bidrar domstolarna till en reproduktion av samhällelig ojämställdhet.

REFERENSER

Offentliga tryck

Brottsbalk (1962:700)

Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga

Proposition 1983/84:105. Om ändring i brottsbalken m.m.

Proposition 2004/05:45. En ny sexualbrottslagstiftning.

Proposition 2017/18:177. En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.

SOU 2016:60. Ett starkare skydd för den sexuella integriteten.

Regeringens skrivelse 2016/17:10. Makt, mål och myndighet – en feministisk politik för en jämställd framtid.

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1990 s. 210

NJA 2005 s. 237

NJA 2006 s. 79 I

NJA 2007 s. 201

NJA 2012 s. 564

NJA 2015 s. 948

Publicerade rättsfall från hovrätterna

RH 2013:12

Ej publicerade rättsfall från hovrätterna

GÖTA HOVRÄTT

B 2027-16

B 2961-17

B 1370-18

HOVRÄTTEN FÖR VÄSTRA SVERIGE

B 5135-13

B 4934-15

SVEA HOVRÄTT

B 4578-14

HOVRÄTTEN FÖR ÖVRE SKÅNE OCH BLEKINGE

B 2345-17

HOVRÄTTEN FÖR NEDRE NORRLAND

B 495-12

B 723-16

B 826-09

B 221-13

Böcker

Bergström, Göran och Boréus, Kristina. *Textens mening och makt: metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys*. 2. Studentlitteratur, 2005. Lund.

Dahlström, Mats, Stand, Annette och Westerlund, Gösta. *Brott & Påföljder*. 5. Bruun juridik, 2014. Stockholm.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars. *Rättegång IV*. 7. Nordstedts juridik, 2009. Stockholm.

Fairclough, Norman. *Discourse and Social Change*. Polity Press, 1992. Cambridge.
Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria, Käll, Jannice, Svedberg, Wana. *Genusrättsvetenskap*. 2. Studentlitteratur, 2018. Lund.

Heuman, Lars. 1988. "Kringgå principen om åklagarens bevisbörda?". I Olle Höglund och Lars Welamson (red.) *Festskrift till Lars Welamson*. Stockholm: Nordstedt. 251-279.

Hirdman, Yvonne. *Genus: Om det stabila föränderliga former*. 2. Liber, 2003. Malmö.

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Susanne. *Brottsbalken – en kommentar, del 1*. 7. Nordstedts juridik, 2013. Stockholm.

Jareborg, Nils. *Straffrättens ansvarslära*. Iustus Förlag, 1994. Uppsala.

Lacey, Nicola. *Unspeakable Subjects: feminist essays in legal and social theory*. Hart, 1998a. Oxford.

Magnusson, Chris. *Ungdomar, sexualitet och relationer*. 2. Studentlitteratur, 2011. Lund.

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*. 4:1. Nordstedts juridik, 2018. Stockholm.

Schlytter, Astrid. *Kön och juridik i socialt arbete*. Studentlitteratur, 1999. Lund.

Winther Jörgensen, Marianne och Phillips, Louise. *Diskursanalys som teori och metod*. Studentlitteratur, 2000. Lund.

Zetterström, Stefan. *Juridiken och dess arbetssätt*. 2. Iustus Förlag, 2012. Uppsala.

Tidskriftsartiklar

Hirdman, Yvonne. 2004. Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning. *Genushistoria: en historiografisk exposé*. 9344037:113-133.

Lacey, Nicola. 1998b. Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 11:47-68.

Makenzius, Marlene och Larsson, Margareta. 2013. Early onset of sexual intercourse is an indicator for hazardous lifestyle and problematic life situation. *Scandinavian Journal of Caring Sciences*. 27(1):20-26

Akademiska avhandlingar

Andersson, Ulrika. *Hans (ord) eller hennes?* Bokbox Förlag, 2004. Diss., Lunds Universitet.

Bladini, Moa. *I objektivitetens sken*. Makadam förlag, 2013. Diss., Lunds Universitet.

Burman, Monica. *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor*. Iustus Förlag, 2007. Diss., Umeå Universitet.

Kastbom, Åsa. *Sexual behaviour, debut and identity among Swedish schoolchildren*. Institutionen för klinisk och experimentell medicin, 2015. Diss., Linköpings Universitet.

Magnusson, Chris. *Life-course characteristics associated with early onset of sexual intercourse in females: in a context of relationships, self-perception, well-being and adjustment*. Psykologiska Institutionen vid Stockholms Universitet, 2001. Diss., Stockholms Universitet.

Svedberg, Wanna. *Ett ojämnt transportsystem transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt*. Bokbox förlag, 2013. Diss., Göteborgs Universitet